
3 2044 103 221 982
HARVARD
LAW
LIBRARY
1882

A


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

Germany

Crim. L o f. S.

Inwieferne können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden?

Gekrönte Preisschrift

von

Carl Aldosser
Rechtspraktikant von München.

Motto:
Das Recht ist ein nothwendiges Ergebniss des natürlichen Entwickelungsganges der Menschheit.

München 1882.
Druck des Literarischen Instituts von Dr. Max Huttler.

Die juristische Facultät der k. Ludwigs-Maximilians-Universität München hatte für das Jahr 1877/78 als Thema für die Preisaufgabe die Frage gestellt:

„Inwieferne können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden?“

und hat die von dem Rechtspraktikanten Carl Aldosser von München eingereichte Bearbeitung für des Preises würdig erklärt. —

Während der Verfasser die Preisschrift zur Drucklegung umzuarbeiten und fertig zu stellen beschäftigt war, wurde er im Monate Mai 1879 von einer acuten Lungenkrankheit befallen, welche am 18. August 1879 seinen frühzeitigen Tod herbeiführte.

Da sohin der Verfasser nicht mehr in der Lage war, die wegen der formellen Behandlung angeregten Bedenken zu heben, so sahen sich die Familienangehörigen desselben bestimmt, vorerst von der Drucklegung Umgang zu nehmen, bethätigten solche nun aber dennoch auf mehrseitigen an sie ergangenen Wunsch.

Eine etwaige Kritik wird wegen der Form der Schrift die erwähnten Umstände in geneigte Erwägung ziehen.

Herr Dr. August Geyer, k. Universitätsprofessor hier, hatte die besondere Güte, der Schrift ein Vorwort beizufügen, wofür ihm von des Verfassers Familienangehörigen der wärmste Dank zum Ausdruck gebracht wird.

München, im Februar 1882.

Vorwort.

Als die Münchner Juristenfacultät im Juni 1878 die vorliegende Arbeit des Preises würdig erklärte, sprach sie unter Anderem aus: „Wenn auch bezweifelt werden muss, dass die Lösung des schwierigen Problems dem Verfasser vollständig gelungen ist, so theilt er doch in dieser Hinsicht nur das Los der bedeutendsten Schriftsteller, welche sich mit der Frage eingehend beschäftigt haben und es ist nicht zu verkennen, dass er durch die gelungene und massvolle Kritik der bisherigen Lösungsversuche, sowie durch die scharfsinnige und gedankenreiche Begründung seiner eigenen Ansicht der endgültigen Lösung näher gekommen ist und die Wissenschaft in der That gefördert hat."

Jahre sind seitdem verstrichen; der zu reichen Hoffnungen berechtigende Jüngling, der den Preis davon getragen, fiel wenige Monate darnach einer heimtückischen Krankheit zum Opfer; nach langer Verzögerung, deren Gründe hier nicht zu erörtern sind, tritt nun sein Werk durch die treuen Bemühungen seiner Verwandten und Freunde an das Licht der Oeffentlichkeit.

Man wird Eines an demselben vermissen: die Gefälligkeit und Ausgeglichenheit der Form, wie diess schon die Juristenfacultät bei der Preisertheilung hervorgehoben hatte. Aber das Lob, welches sie dem Inhalte der Preisschrift ertheilt hat, wird, wie ich meine, jeder Sachverständige für wohlverdient erachten müssen. Die Abhandlung ist auch in keiner Weise veraltet, denn die Litteratur hat seit drei Jahren auf diesem Gebiete nichts wesentlich Neues zu Tage gefördert. Hälschner hat sich in der Hauptsache an Binding's Theorie angeschlossen, v. Buri und Glaser haben ihre früheren Ausführungen nur in anderer Form wiederholt.

München, im Februar 1882.

A. Geyer.

Vorwort.

Wenn ich es unternehme, diese von der juristischen Facultät der Münchener Universität gestellte Frage zu behandeln, so thue ich dies nicht in der Meinung, das schwierige Problem lösen zu können.

Haben sich doch so manche bedeutende Criminalisten, wie ich glaube, erfolglos bemüht, das Prinzip aufzustellen, nach welchem die entscheidende Antwort zu geben wäre.

Nein, nur ein schwacher Beitrag möge geliefert werden zum bisherigen Stoffe, nur ein geringes Glied möge angefügt werden an die Kette von tüchtigen Arbeiten, deren Abschluss einstens vielleicht einem Glücklicheren gelingen wird.

Karl Aldosser.

Einleitung.

Bei dem ersten Anblick scheint auf die gestellte Frage sich sofort die einfache Antwort zu ergeben:

Durch Unterlassungen werden dann strafbare Handlungen begangen, wenn einem strafrechtlich sanctionirten Gebote, in einer bestimmten Richtung thätig zu werden, nicht entsprochen wird. Mit dieser Antwort ist aber die Frage keineswegs erschöpft, vielleicht nicht einmal getroffen. Es wird hiebei »Handlung« im weiteren Sinne für jedes, ein bestimmtes Wollen verkörperndes Verhalten des Menschen genommen und so eine Definition der »Unterlassungsdelicte«, des weitaus geringeren und wissenschaftlich wenigst interessanten Teils der Rechtsverletzungen gegeben. Diese als eine eigene Gruppe der Delicte ausgesondert und den andern gegenübergestellt zu haben, ist, wie wir unten sehen werden, das Verdienst Luden's.

Glaser und Merkel haben dann jene von Luden angeregte, von ihm selbst aber wieder etwas verdunkelte Unterscheidung wissenschaftlich begründet und zur vollen Klarheit gebracht.

Es ist den Ausführungen beider vollkommen beizupflichten, indem sie sich nur dadurch unterscheiden, dass Glaser mehr den Inhalt von Gebot und Verbot in's Auge fasst, während Merkel mehr den Strafbarkeitsgrund des mit Geboten oder Verboten im Widerspruch stehenden Verhaltens betont, und von diesem Standpunkte aus die Analogie der Polizeivergehen anzieht.

Nur kurz will ich hier eine Entwicklung der »Unterlassungs«- und »Begehungs«-Delicte geben.

Für ein staatlich geordnetes Zusammenleben der Menschen ist es eine Hauptbedingung, dass die Coexistenz der einzelnen Individuen, durch Vorschriften, die von der betreffenden Staatsgewalt ausgehen und von ihr aufrecht erhalten werden, geregelt und gesichert sei. Für die Erfüllung dieser Bedingung ist das Strafrecht von höchster Wichtigkeit. Es ist der Inbegriff der Normen, in welchen der Staat ein von ihm für die Coexistenz

seiner Glieder, und so für die Existenz des Ganzen schädlich angesehenes Verhalten der Individuen unter sich und gegen die Gesammtheit verpönt.[1]) Ich spreche hier nur von der »Coexistenz« und den für sie geltenden Prinzipien, weil ich eine scharfe Trennung von »Coexistenzial«- und »Assistenzial«-Prinzipien, d. h. von Prinzipien, welche das »Nebeneinander«- und solchen, welche das »Füreinander«-Bestehen der Menschen regeln sollen, nicht für geboten und auch nicht für richtig halte. Ein rein atomistisches Nebeneinanderbestehen einzelner menschlicher Individuen innerhalb einer gewissen räumlichen Abgrenzung ist nicht denkbar. Je geringer der Wille ist, für andere zu bestehen, desto geringer wird auch der Wille sein, neben Andern zu bestehen, d. h. andere neben sich bestehen zu lassen. Jeder, der neben anderen bestehen und neben andere sich bestehen lassen will, muss sich in seiner Bedürfnissbefriedigung soweit einschränken, dass das betreffende Verhältniss möglich ist. Diese Einschränkung aber geschieht nicht weniger zu Gunsten Anderer als seiner selbst. Wenn daher eine gewisse Summe von Individuen nebeneinanderbestehen will, so liegt darin implicite der Wille, Alles auszuschliessen, was dieses Nebeneinanderbestehen verhindern könnte. Indem aber die Einzelnen derartigen Hemmnisse des Nebeneinanderbestehens zu vernichten trachten, handeln sie doch ebensowohl für die Anderen, als für sich. Indess ist richtig, dass bald das »Für« mehr in den Vordergrund tritt und bald das »Neben«. So darf ich also wohl in Kürze sagen: Vom Standpunkte des Staates ist jedes Verhalten als schädlich und strafbar zu betrachten, welches mit den ihm zu Grunde liegenden Coexistenzialprinzipien im Widerspruche steht.[2]) Nun wird vor Allem ein solches Verhalten schädlich sein, welches Erfolge herbeiführt, die jenen Prinzipien entgegen sind, sie verletzen. (»Erfolg« in dem Sinne, wie es hier gebraucht wird, ist eine, durch menschliches Verhalten verursachte Veränderung eines bestehenden Zustandes der Aussenwelt.) Derartige Erfolge will der Staat nicht herbeigeführt haben und verpönt sie

[1]) Die andere Seite des Begriffes »Strafrecht« als »das Recht des Staates zu strafen« kömmt hier nicht in Betracht. —

[2]) Dass die Schädlichkeit in der objectiven Seite des Verhaltens liegt, die Strafbarkeit aber auch noch gewisse subjective Voraussetzungen nötig hat, wird nicht besonders ausgeführt werden müssen. —

daher in seinem Strafrechte. Mit dem Erfolge wird, wie ich glaube, ganz selbstverständlich das Verhalten der Menschen verpönt, das in bewusster, willkürlicher Weise, subjectiv wie objectiv zur Herbeiführung desselben dienen soll. Nun kann der Staat auch gewisse Erfolge wünschen, und sie seinen Prinzipien gemäss für so nötig erachten, dass er ihre Herbeiführung gebietet und diesem Gebote durch eine strafrechtliche Sanction Nachdruck zu geben sucht. Hier also wird dasjenige Verhalten als den Coexistenzialprinzipien zuwider angesehen und daher mit Strafe bedroht, welches den in Aussicht genommenen Erfolg nicht herbeiführen will. Oder mit anderen Worten: »den Inhalt des Delictes bildet hier die Unterlassung der gebotenen Thätigkeit d. h. des Thätigwerdens für jenen Erfolg.« Mit vollem Rechte wurde daher für diese Delicte der Name »Unterlassungs«-, »Ommissiv«-Delicte gewählt. Für die Strafbarkeit der Unterlassung sind aber die Folgen, welche dieselbe hat, ganz gleichgültig. Sie selbst ist ja eben das Strafbare und liegt der Grund für diese Eigenschaft lediglich in der Pönalsanction des Gebotes; er ist sohin ein rein formaler.[1]) Es ist also leicht einzusehen, dass hier für die Erklärung der Strafbarkeit der Unterlassungen wissenschaftlich keine bedeutenden Schwierigkeiten vorliegen. Die ganze Frage wird wohl so erledigt werden können: »Unterlassungen sind dann strafbar, wenn einmal ein Gesetz vorliegt, welches das unterlassene Handeln unter strafrechtlicher Sanction gebietet;

wenn das Bewusstsein vorhanden ist, dass die Bedingungen für die Wirksamkeit jenes Gebotes gegeben sind;

wenn die Möglichkeit da ist, dem Gebote zu entsprechen,

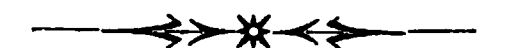
und endlich der Entschluss gefasst wird, ihm nicht nachzukommen.« (Diese vier Voraussetzungen eines Ommissivdelictes gibt auch Glaser.)

Ganz anders steht es mit dem ersten Falle. Der Staat will, dass gewisse Erfolge durch Menschen nicht herbeigeführt werden, und verpönt dieselben deshalb in seinem Strafrecht. Hier ist also ausser der Pönalsanction des Verbotes, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, noch eine weitere Voraussetzung nötig, damit das menschliche Verhalten strafbar werde. Das menschliche Verhalten muss

[1]) Ob die gesetzgeberische Diction verbietende oder gebietende Worte dabei gewählt hat, ist von keinem Belange.

hier objectiv geeignet gewesen sein, einen solchen Erfolg herbeizuführen, resp. in Causalzusammenhang mit einem herbeigeführten Erfolg gestanden haben. Es liegt sohin hier noch ein materialer Strafbarkeitsgrund vor. Nun kann ein Mensch durch sein Verhalten in den Causalnexus eines Erfolges, als der Veränderung eines bestehenden Zustandes der Aussenwelt, nur treten, soferne er eine Einwirkung auf die Aussenwelt vornimmt, d. h. durch sein Verhalten müssen diejenigen Kräfte entfaltet werden, welche zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges nötig sind. Diese Kraftentfaltung in einer gewissen Richtung lässt sich aber nur, bei einem activen Benehmen, einer positiven Willensäusserung, einer Thätigkeit des betreffenden Menschen denken. Man hat daher dieser Kategorie von Delicten den Namen »Commissiv«-Delicte, »Begehungs«-Delicte gegeben. Diese Kategorie macht den Hauptteil der strafbaren Handlungen aus, denn ihr fallen alle directen Verletzungen der Rechtssphäre, der einzelnen Individuen und der Gesammtheit zu, sowohl der Integrität der physischen Persönlichkeit, als auch des ihrer Disposition unterstehenden, und rechtlich als solchen geschützten Kreises von Verhältnissen. Nun zeigt sich aber, dass man Personen in Beziehung zu solchen rechtsverletzenden Erfolgen setzt und sie dafür verantwortlich machen zu müssen glaubt, die scheinbar nicht positiv für den Eintritt jener Erfolge thätig wurden, oder nicht thätig werden wollten, die es nur, wenn auch mit schlimmer Absicht unterlassen haben, jenem Eintritte sich entgegenzustellen. Da ergibt sich denn die schwierige Frage unseres Thema's: »Kann der Mensch durch eine wahre Unterlassung überhaupt in den Causalnexus eines Erfolges treten und daher strafbar werden? oder »Kann eine wahre Unterlassung den Thatbestand eines Commissivdelictes ausmachen, also gleich einer Thätigkeit wirken? oder »In wieferne können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden?«

Ich gedenke nun diese Frage in der Weise zu behandeln, dass ich es versuchen werde, zuerst eine Kritik der wichtigsten Lehren hierüber in chronologischer Ordnung zu geben und dann, an diese anschliessend, meine eigene Ansicht darzulegen.



I. Teil.

Kritik der bisher aufgestellten Lehrmeinungen.

§ 1.

Feuerbach, Spangenberg.

(F. Lehrbuch des Straf-Rechts. § 24. Sp. N. Arch. d. Crim. IV, 23.)

Den Anfang in der die gestellte Frage betreffenden Litteratur, soweit ich diese herbeiziehen zu müssen glaube, bilden Feuerbach und Spangenberg, (auch Martin).

Ihre Lehre ist von Krug und Glaser trefflich kritisirt, doch halte ich des Zusammenhanges wegen es für nötig, sie hier in Kürze anzuführen.

Feuerbach, der Recht und Sittlichkeit einander gegenüberstellt und, da ihm Recht etwas subjectives ist, den Rechtszustand als auf einer gegenseitigen Zwangspflicht beruhend annimmt, kann das Rechtswidrige nur als Verletzung dieser Zwangspflicht betrachten.

Durch Unterlassen kann man aber eine Pflicht nur verletzen, wenn der Inhalt derselben ein Handeln ist, und so sagt denn Feuerbach auch ganz consequent: »Weil aber die ursprüngliche Verbindlichkeit nur auf Unterlassungen geht, so setzt ein Unterlassungsverbrechen immer einen besondern Rechtsgrund (Gesetz oder Vertrag) voraus, durch welchen die Verbindlichkeit zur Begehung begründet wird. Ohne diesen wird man durch Unterlassung kein Verbrecher.«

Spangenberg gesteht ausser einem »Gesetze oder Vertrage« auch noch gewissen Verhältnissen die Eigenschaft zu, eine solche Zwangspflicht zum Handeln auferlegen zu können.

Es sind dies Verhältnisse, welche zweien Personen gegeneinander, oder doch der einen von ihnen, die Verpflichtung zum möglichsten Schutz, zur möglichsten Beihülfe gegen die andere Person auferlegen und zugleich die Unterlassung der Erfüllung der Pflicht auch vor dem äusseren Richter strafbar machen.

Man sieht sofort ein, dass man hier nie über die eigentlichen Unterlassungsverbrechen hinauskömmt, und nie zur Lösung der Frage gelangen kann, inwieferne durch Unterlassungen Commissivdelicte begangen werden können. Die Unterlassung erhält ja hier ihren strafbaren Charakter nur aus der Verpflichtung zur unterlassenen Handlung, nicht aber daraus, dass durch sie ein verbrecherischer Erfolg herbeigeführt wurde. Wollte man das letztere behaupten, so müsste man sich zu der sonderbaren Ansicht bequemen, dass die Unterlassung einer und derselben Handlung objectiv verschieden wirke, je nachdem subjectiv eine Verpflichtung zum unterlassenen Thun vorliege oder nicht vorliege. Ist aber nur die Pflichtverletzung das Verbrecherische, so kann eine Handlung oder Unterlassung doch nur dann strafbar werden, wenn die Pflicht, welche durch dieselbe verletzt wird, strafrechtlich sanctionirt ist. Wir hätten hier also immer nur den formalen Grund der Pönalsanction für die Strafbarkeit des Unterlassens.

§ 2.

Luden.

(Abhandlungen II. S. 219 ff. I. S. 467 ff.)

Diesen Fehler Feuerbachs und Spangenbergs hat Luden nachgewiesen und hiebei zuerst die Unterscheidung zwischen Commissiv- und Ommissivdelicten gemacht. Er knüpft daran an, dass Feuerbach und Spangenberg für den Charakter des Verbrecherischen beim Unterlassen verlangen, dass die unterlassene Handlung durch Gesetz, Vertrag, oder besondere Ver-

pflichtungsverhältnisse geboten sei. Da nun, so schliesst Luden, nur eine Verletzung des objectiven Rechtes Strafbarkeit des menschlichen Verhaltens begründet, so kann eine Unterlassung, als solche, nur dann strafbar sein, wenn sie bereits als Unterlassung eine Verletzung des objectiven Rechtes ist. Eine solche kann sie aber nur dann sein, wenn das unterlassene Handeln durch Gesetz geboten ist. (In diesem Falle liegt ein eigentliches Unterlassungsverbrechen vor.)

Wenn nun F. und Sp. noch weiter annehmen, dass auch Unterlassungen, die mit nicht gesetzlich sanctionirten Vertrags- und Verpflichtungsverhältnissen im Widerspruche stehen, strafbar sind, so muss es etwas Anderes als dieser Widerspruch sein, was jenen Unterlassungen den Charakter einer Verletzung des objectiven Rechtes gibt. Die fraglichen Verhältnisse kommen ja nur civilrechtlich in Betracht, sind nur etwas subjectives.

»Diese Verletzung (des objectiven Rechtes) kann aber, wo nicht von einem eigentlichen Unterlassungsverbrechen die Rede ist, nur darin liegen, dass in der Nichterfüllung des Vertrags die Richtung auf die Begehung eines anderen Verbrechens enthalten ist.« (II. S. 232 l. c.)

»Der Vertrag erscheint daher nur als die factische Voraussetzung für die Begehung eines Verbrechens durch Unterlassung.« (II. S. 227 l. c.)

»Hat aber der Vertrag keine andere Bedeutung als die angegebene, so muss auch ohne ihn durch Unterlassung ein Verbrechen begangen werden können, so oft nur in den andern factischen Umständen dieselbe Voraussetzung liegt, dass nemlich die Unterlassung in der That in verbrecherischer Richtung geschehen war.« (II. S. 232 l. c.)

So scheidet hier Luden die eigentlichen Unterlassungsdelicte aus, und tritt dann, seinerseits sich auf den Standpunkt des Causalzusammenhanges stellend, an die offene Frage heran.

Gleich am Anfange seiner Abhandlungen wendet er sich gegen die frühere Auffassung, dass die Zurechnung in den Thatbestand des Verbrechens gehöre und erklärt, »dass die verbrecherische Erscheinung aus einer eigenen Handlung eines

Menschen hervorgegangen sein müsse, um sagen zu können, dass dieser das Verbrechen begangen.« (II. S. 205.) Aber auf diesem Wege fährt Luden nicht so, wie man erwarten könnte, fort. Er verlässt nemlich selbst wieder den Boden des objectiven Thatbestandes und verdunkelt, indem er die subjective Eigenschaft der Rechtswidrigkeit hauptsächlich in Betracht zieht, seine eben erst gemachte Unterscheidung.

Luden fasst unter »Handlung« Thun und Unterlassen zusammen und leugnet einen Unterschied zwischen beiden vom Standpunkte des Strafrechtes aus. Er legt dabei die Ansicht zu Grunde, »dass das Verbrechen schlechterdings nicht begangen werden soll und jedes Benehmen des Menschen, durch welches dasselbe hervorgebracht wird, mag es positiv oder negativ gewesen sein, ist eben deswegen Handlung, auf welche sich das Strafgesetz, welches von diesem Verbrechen handelt, in gleicher Weise erstreckt. Der Grund, aus welchem die Handlung nicht begangen werden durfte, liegt alsdann lediglich darin, dass durch die Begehung oder Unterlassung das Verbrechen hervorgebracht wurde.« (II. S. 242.)

Luden macht also folgenden Schluss: Das Verbrechen, d. h. das Rechtswidrige — denn nur, was rechtswidrig ist, kann ein Verbrechen sein — ist vom Strafrecht verboten. Nun sind aber unter gewissen Umständen, sowohl Thun als Unterlassen vom Strafrecht verboten. Folglich sind in diesem Falle Thun und Unterlassen rechtswidrig und als Rechtswidrigkeiten vom Standpunkte des Strafrechtes aus ein und dasselbe.

Es ist also der Satz hier umgekehrt, dass ein bestimmtes Verhalten des Menschen deshalb rechtswidrig und als rechtswidrig strafbar ist, weil es einen gewissen strafrechtlich verpönten Erfolg herbeiführen will, oder einem strafrechtlich sanctionirten Gebote nicht entspricht. Es ist der Absurdität Raum gegeben, dass vorher etwas Rechtswidriges da sein könne, ehe ein Gesetz da ist, gegen welches verstossen werden kann. Denn nach Luden verbietet das Strafrecht eine Handlung eben deshalb, weil sie ein Verbrechen, weil sie rechtswidrig ist.

Wenn aber der Unterschied zwischen Thun und Lassen in dieser Weise geleugnet wird, so kann auch kein wirklicher

Unterschied zwischen »Ommissiv«-und »Commissiv«-Delicten behauptet werden. Ganz consequent stellt daher Luden einen solchen auch in Abrede und sucht ihn auf eine formell verschiedene, gesetzgeberische Diction zurückzuführen. Er thut dies dadurch, dass er den Charakter von »Gebot« und »Verbot« betrachtet und dabei zu folgenden beiden, sophistischen Schlüssen gelangt:

(II. S. 220 ff.) »Wenn eine Handlung verboten ist, so ist damit geboten, wie umgekehrt, wenn sie geboten ist, damit verboten ist, dieselbe zu unterlassen« und: »Es lässt sich aber auch sagen, dass im Falle eines Verbotes geboten sei, irgend eine Handlung zu begehen nemlich eine solche, welche nicht die im Verbote bezeichnete ist, sowie umgekehrt im Falle eines Gebotes gesagt werden kann, es sei verboten Handlungen zu begehen, nemlich jede andere als die im Gebote bezeichnete Handlung; denn als gar nicht thuend oder handelnd kann der Mensch juristisch gar nicht gedacht werden.«

Die erste Behauptung ist insoferne richtig, als man jede gebietende Willensäusserung in eine negative verbietende Form und jede verbietende in eine negative gebietende Form kleiden kann. Aber ist denn mit Gleichheit der Form auch Gleichheit des Inhaltes gegeben? Jedoch nicht einmal in der Form ist volle Gleichheit vorhanden, denn das umgewandelte Gebot ist ein mit Negation versehenes Verbot, nicht ein reines Verbot, und umgekehrt.

Was ist aber die nothwendige Folgerung aus den beiden Sätzen der zweiten Behauptung?

Doch offenbar die, dass Alles was nicht verboten ist, darum geboten ist, denn das Verbot ist ja nur ein Gebot aller anderen als der verbotenen Handlungen und das Gebot, nur ein Verbot aller anderen als der gebotenen Handlungen. Luden muss also ein generelles Gebot für alle nicht im Strafgesetz verbotenen Handlungen annehmen, das man sich mit einer unendlichen Reihe »oder« stilisirt denken müsste; denn ein Gebot, Alles zu thun, was nicht verboten ist, wäre vernunftlos. Mit diesem generellen Gebote würde aber dann wieder jedes spezielle Gebot in Conflict geraten, weil durch dasselbe alle Handlungen verboten sind, mit Ausnahme der angeordneten.

Indessen scheint Luden dies vorgeschwebt zu sein, wenn er (II. S. 221) sagt, als gar nicht thuend oder handelnd könne der Mensch juristisch nicht gedacht werden, »da ausserdem der Mensch für etwas verantwortlich würde, was nicht aus seiner Thätigkeit hervorgegangen wäre. Daraus folgt aber, dass im Falle eines Begehungsverbrechens sowohl, als eines Unterlassungsverbrechens eine andere Handlung begangen wird, als die, welche nach dem Willen des Gesetzes begangen werden musste und, dass also insoferne kein Unterschied zwischen ihnen stattfindet.«

Insoferne wäre es nur consequent, wenn Luden auch in dieser Schrift, wie er es Bd. I. S. 473 ff. seiner Abhandlungen thut [1]), das Schwergewicht des Causalnexus in die positive Handlung verlegen würde, die der Unterlassende statt der unterlassenen Thätigkeit vorgenommen hat. In diesem Sinne aber, wie Glaser annimmt, scheint mir Luden die Frage nicht lösen zu wollen. Luden präcisirt nemlich in der für unser Thema entscheidenden, und deshalb von mir allegirten Abhandlung das »Unterlassen« näher als ein »Nichthindern« des eintretenden Erfolges und formulirt dann die Frage so:

»Wann lässt sich aber überhaupt sagen, dass Jemand etwas nicht verhindert und deshalb verursacht habe?« (Bd. II. S. 251.) Die Antwort, welche also die Lehre Ludens enthält, ist folgende:

»Dass es keine Nichtverhinderung sei, fremde Verbrechen nicht zur Anzeige zu bringen und Andere durch physische oder moralische Mittel nicht abzuhalten, Verbrechen zu begehen, ist schon nachgewiesen worden. Denn die Ursache liegt dabei allein in der Thätigkeit des Dritten, da sich mit juristischer Gewissheit nicht nachweisen lässt, dass das Verbrechen durch etwaige Einwirkung eines Anderen ungeschehen geblieben sein würde; dagegen wird es immer für nicht verhindernd gelten müssen und also in Beziehung auf eine eingetretene Erscheinung als verursachende Handlung, wenn

[1]) Es ist dort davon die Rede, dass der Mensch der Wirksamkeit der Naturkräfte ihren Lauf lässt, während ihm die Bewältigung derselben möglich ist.

Jemand solche Handlungen, in Folge deren die Erscheinung nicht eingetreten sein würde, nicht vornahm und dennoch vorzunehmen im Stande war. Wann dies der Fall sei, ist keine Rechtsfrage, sondern *quaestio facti*, da zwischen Handlung und Unterlassung rechtlich kein Unterschied ist, und es sowohl bei dieser als bei jener darauf ankömmt, ob in ihr die Ursache der Erscheinung gefunden werden könne.« »Auch leuchtet es dem schlichten Verstande von selbst ein, dass für den Urheber einer Erscheinung der angesehen werden müsse, von dessen Benehmen es allein abhängig war, ob dieselbe eingetreten sein würde oder nicht.«

In Kürze lässt sich die hier gegebene Theorie so darstellen: Durch eine Unterlassung kann, abgesehen von den Ommissivdelicten, ein Verbrechen nur dann begangen werden, wenn die Unterlassung causal ist für den verbrecherischen Erfolg. Für einen solchen ist aber jede Unterlassung von solchen Handlungen causal, in Folge deren die verbrecherische Erscheinung nicht eingetreten sein würde, und die der Unterlassende vorzunehmen im Stande war, oder m. a. W.: Jede Unterlassung, in der die Nichthinderung eines verbrecherischen Erfolges liegt, der gehindert werden konnte, ist causal für diesen Erfolg, ist ein Verbrechen.

Dieser Lehre liegt vor Allem der Irrtum zu Grunde, dass man, ohne eben rein willkürlich zu verfahren, die Nichthinderung eines Erfolges als die Ursache desselben ansehen könne. Das wird wohl vorläufig keiner weiteren Ausführung bedürfen, dass man als Ursache für einen Erfolg — Veränderung eines bis zu deren Eintritt bestehenden Zustandes der Aussenwelt — nur Etwas betrachten kann, was objectiv für diese Veränderung gewirkt, objectiv für dieselbe in der Aussenwelt thätig war. Was thut nun aber der, welcher erkennt, dass der Eintritt eines Erfolges droht, dass also die für denselben nötigen Bedingungen vorhanden sind und, da keine genügenden Hindernisse entgegenstehen, durch ihr Zusammenwirken den Erfolg herbeiführen werden; der weiter weiss, welche Hemmnisse zu setzen wären, um den Erfolg zu verhindern, und auch die Macht hat, dieselben zu setzen; der aber diese ihm mögliche Verhinderung des

Erfolges, gleichviel aus welchem Grunde, unterlässt? Er setzt offenbar keine Bedingungen für den Erfolg, die diesen bewirken, er vernichtet keine Hemmnisse für denselben, er thut allerdings nichts, um den Erfolg zu hindern, er thut aber auch nichts um ihn zu fördern; er lässt es einfach bei der von ihm vorgefundenen Lage der Verhältnisse bewenden: er tritt also in keiner Weise in den Causalzusammenhang des Erfolges. Verursachen eines Erfolges und blosses Nichthindern sind daher zwei ganz verschiedene Dinge.

Eine andere Schwäche zeigt Ludens Lehre darin, dass er von der Behauptung ausgehend, Nichthinderung sei nur dann Ursache eines Erfolges, wenn Handlungen, in Folge deren der Erfolg wirklich nicht eingetreten wäre, unterlassen wurden, und dann annimmt, dass, wenn Verbrechen durch dritte Personen begangen würden, selbst die unterlassene Abhaltung durch physische Mittel, keine Nichthinderung, keine Ursache für das Verbrechen sei.

Warum? »Weil sich mit juristischer Gewissheit nicht nachweisen lässt, dass das Verbrechen ungeschehen geblieben sein würde.«

Nun dürfte man doch zweifeln, ob sich in diesem Falle dies nicht gerade so gut wird nachweisen lassen, wie im anderen, wo nur von der Natur ausgehende Bedingungen für einen Erfolg wirksam sind. (Nur diese kann ich als den Gegensatz zu den ersteren von Menschen für ein Verbrechen gesetzten Bedingungen, als die, welche Luden sich gedacht hat, annehmen.) Wenn dies aber der Fall ist, warum soll dann das Unterlassen der Abhaltung bei den ersteren keine Nichthinderung, keine Ursache sein, während ihm bei den letzteren diese Rolle zuerteilt wird?

Indessen scheint Luden selbst wieder eine Ausnahme hierin zu machen und die unterlassene Abhaltung als Nichthinderung und somit als Ursache anzusehen, wenn dem, der ein Verbrechen zu hindern unterliess, ein rechtlich anerkannter Einfluss auf den Verbrecher zustand. (cfr. II. S. 241.)

Welche Folgen aber endlich die Lehre Ludens practisch angewandt hätte, ist leicht einzusehen, wenn man denkt, dass auf Grund derselben jeder, der nur zufällig dazu kömmt das

Zusammenwirken von Bedingungen für einen schädlichen Erfolg zu erkennen und es unterlässt eine ihm mögliche Handlung dagegen vorzunehmen, als Urheber anzusehen und zu strafen wäre, wenn jene Handlung nachweislich (nur mit juristischer Gewissheit) den betreffenden Erfolg verhindert hätte. Es würde ein Zwang zu gegenseitiger Hülfeleistung im weitesten Masse vorliegen, der höchstens durch gegenseitige Denuntiation zu realisiren wäre.

Gelöst hat Luden die Frage nicht; aber er hat das Verdienst der Beiziehung des Causalzusammenhanges, und vor Allem der Scheidung von Ommissiv- und Commissiv-Delicten.

§ 3.

Krug.

(Abhandlungen aus dem Strafrecht. S. 21 ff.)

Anschliessend an eine Kritik über Luden hat Krug einen entscheidenden Schritt gethan für die Weiterentwickelung unseres Problems. Krug hat die Ansicht Ludens in Angriff genommen, welche derselbe Bd. I. S. 467 ff. aufgestellt hat. Wie schon oben erwähnt, wird dort die statt der unterlassenen Thätigkeit vorgenommene Handlung als causal bezeichnet für den nicht gehinderten Erfolg. und so kömmt Krug zu einem anderen Urteile über Luden als ich, der ich meiner Kritik, die Abhandlung Bd. II. S. 219 ff. zu Grunde legte, da sie mir als die ausführlichere und spätere die entscheidende zu sein schien.

Davon ausgehend, dass Luden das Unterlassen auf ein positives Handeln und die Beurteilung desselben auf die Grundsätze vom Causalzusammenhang zurückgeführt habe, fährt Krug fort:

»Ein rechtsverletzender Erfolg kann nur dem zugerechnet werden, in dessen Verhalten die Ursache desselben zu suchen ist.

Nun kann aber das Unterlassen an sich nie Ursache eines Erfolges sein.

Es kann nur dadurch mit demselben in Causalverbindung treten, dass es Bestandteil der positiven Handlungsweise des Unterlassers wird, mit anderen Worten, dass es mit Handlungen

desselben, welche mit dem Erfolge im Causalverhältniss stehen, in Verbindung tritt. Diese Handlungen sind aber nicht diejenigen, welche der Unterlassende während der Zeit, wo er hätte in bestimmter Weise thätig werden sollen, vornimmt (wie Luden I. S. 467 ff. meint), sondern es sind die vorhergehenden Handlungen, durch welche er sich

1) entweder zu einer gewissen bestimmten Thätigkeit oder
2) zur Unterlassung einer solchen verpflichtet hat.

Letzteres kommt nur bei der sogenannten negativen Teilnahme in Betracht.« (Krug S. 34.)

Dies Letztere gehört sohin auch nicht hieher.

So hat Krug die Bahn vorgezeichnet für die ihm nachfolgenden Schriftsteller durch den Satz:

»Eine Unterlassung kann nur dann in Causalnexus zu einem Erfolge treten, wenn sie in Beziehung steht zu einer positiven vorausgehenden Handlung des Unterlassers, welche causal ist für diesen Erfolg.«

Hieraus ergeben sich aber sofort zwei weitere Fragen:

I. Was ist die Natur jener der Unterlassung vorausgehenden Handlung?
II. Wie hat man sich das in »Beziehungtreten« der Unterlassung zu der vorausgehenden Handlung zu denken, damit der Erfolg zum schuldhaften Willen, der erst im Unterlassen auftritt, zugerechnet werden könne?

ad II ergeben sich dann wieder zwei Fragen:

1) Ist die Unterlassung selbst causal im eigentlichen Sinne des Wortes und der Erfolg ihr zuzurechnen? oder
2) Ist bloss die vorausgehende rechtmässige Handlung causal und bekömmt diese durch die nachfolgende schuldhafte Unterlassung selbst einen schuldhaften Charakter?

Krug hat nur die Frage I behandelt, die andere Frage aber unentschieden gelassen.

»Die hier in Betracht kommenden Handlungen sind teils solche, durch welche die Naturkräfte unmittelbar in Thätigkeit gesetzt worden sind, die ohne die abwehrende Thätigkeit des Handelnden schädlich werden können, teils solche, durch welche Andere veranlasst werden im Vertrauen auf die abwehrende

Thätigkeit des Handelnden Naturkräfte in gefährliche Bewegung zu setzen, mit anderen Worten sich in Gefahr zu begeben oder Andere in eine gefährliche Lage zu bringen. Handlungen letzterer Art sind Versprechungen, öffentliche oder private.« (Seite 42.)

Das gemeinsame Charakteristikum, welches von Krug für die »vorangehenden Handlungen« gefordert wird, ist sohin das einer directen oder indirecten Gefährdung Anderer.

Oeffentliche oder private Versprechungen, wodurch eine öffentliche Dienstpflicht oder privatim die Pflicht zu einer Leistung übernommen wird, erscheinen nur als Handlungsformen, die sonst gleichgültig wären, wenn sie nicht jenen gefährdenden Charakter tragen würden.

Dies scheint im Widerspruch zu stehen mit dem, was Krug oben sagt: »sondern es sind die vorhergehenden Handlungen, durch welche er sich zu einer gewissen bestimmten Thätigkeit verpflichtet hat.«

Hier scheint der Nachdruck auf die Verpflichtung gelegt zu sein und diese als entscheidend gedacht zu werden für die Causalität der ihr zuwiderlaufenden Unterlassung.

Sehen wir indessen näher zu, so werden wir finden, dass Krug deshalb so sagt, weil er überall da, wo eine gefährdende Handlung vorliegt, die Uebernahme einer Verpflichtung zu erkennen glaubt. Je nach der Art und Weise dieser Uebernahme teilt er dann die Handlungen ein:

In die Uebernahme von Dienstverpflichtungen und Abgabe von Privatversprechungen einerseits — (zu diesen sind auch Handlungen oder ein Benehmen zu rechnen, wodurch ein Anderer veranlasst wird, sich dem Handelnden anzuvertrauen) und in gemeingefährliche Handlungen und Handlungen, durch die Jemand in eine Lage versetzt wird, in der er ohne Hülfe des Handelnden zu Schaden kommen muss anderseits. (cfr. S. 39. 40. 42. l. c.)

Dass dem so sei, will ich durch die entscheidenden Stellen aus Krugs Ausführungen beweisen.

Er betrachtet zuerst die Handlungen, welche in der Uebernahme von Dienstverpflichtungen und Abgabe von

Privatversprechen bestehen und gibt hier zwei erläuternde Beispiele:

»Versprechen an einen Schwimmer ihn eventuell zu unterstützen und zu retten« und

»Uebernahme des Bahnwärter-Amtes.«

Setzen wir voraus, sagt Krug, dass ich einem Schwimmer versprochen habe, ihm, wenn er matt wird, eine Stange zu reichen. »Habe ich ein solches Versprechen gegeben und unterlasse dann, es zu erfüllen, so ist allerdings meine Unterlassung die Ursache des erfolgenden Todes, aber sie ist es nur in Verbindung mit dem vorherigen Versprechen, denn dies Versprechen war es, das den Schwimmer veranlasste auf meine Hülfe zu rechnen. Ohne dies Versprechen würde er sich der Gefahr des Ertrinkens nicht ausgesetzt haben. . . . . Ich bin es also, der durch sein Versprechen die Naturkräfte, welche ihm Untergang bereiten, in Bewegung gesetzt hat; denn mein Versprechen bewog ihn, sich in eine Lage zu versetzen, wo die Naturkräfte ihn überwältigen konnten. Daher habe ich nun aber auch die Wirkung dieser Naturkräfte ganz nach den allgemeinen Regeln der Imputation zu vertreten.« (S. 34. 35. l. c.)

»Hiedurch (durch die Uebernahme der Dienstverpflichtung) veranlasste er (der Bahnwärter) sowohl den Locomotivenführer, als das übrige Personal, sich auf ihn zu verlassen. . . . . Er ist es daher, der durch seine übernommene Verpflichtung den Locomotivenführer und durch diesen die im Dampfkessel waltende Naturkraft in eine gefährdende Thätigkeit setzt. Auch ihm ist daher das entstandene Unglück anzurechnen.« (S. 35. l. c.)

Endlich heisst es am Ende von Krug's Abhandlung, wo er die in concludentem Handeln, im Benehmen liegenden Versprechungen bespricht: »Dagegen würde es zu weit führen, jede derartige Pflichtverletzung ohne vorheriges Versprechen, ohne vorherige arglistische Simulation, — ein Fall, der uns hier nicht interessiren kann, weil dann von vorneherein eine arglistische Handlung vorliegt — zur Grundlage criminalistischer Zurechnung zu machen. . . . . Die Ehefrau ist zwar verpflichtet den Gatten zu pflegen, der Sohn ist verpflichtet den verdienstlosen Vater zu unterstützen, allein, wenn nicht

etwas hinzutritt, wonach der Ehegatte, der Vater im entscheidenden Momente auf die Unterstützung der Gattin, des Sohnes, und zwar nur auf diese rechnen musste, so wird sich zwischen der Nichterfüllung dieser Pflichten und einem etwaigen tödtlichen Erfolge schwerlich ein Causalzusammenhang nachweisen lassen.« (S. 42, 43.)

Dieses »Etwas«, das hinzutreten muss, ist eben das ausdrückliche oder stillschweigende Versprechen der Gattin, des Sohnes, vermöge dessen sich der Gatte, der Vater auf jene allein verlassen zu dürfen glaubte.

Warum aber werden nun der Einlader zur Schwimmpartie, der Bahnwärter, die Gattin, der Sohn durch ihr Unterlassen verantwortlich für einen verbrecherischen Erfolg?

Leitet Krug die Verantwortlichkeit etwa aus dem verpflichtenden Charakter der vorangehenden Handlung her, aus der Pflichtwidrigkeit der Unterlassung?

Nein. Ich wenigstens meine, es geht aus den citirten Stellen deutlich genug hervor, dass Krug sagt: Die Unterlassung ist deshalb causal, weil jene Verpflichtungsübernahme eine Andere, indirect gefährdende Handlung ist.

Wenn aber dies den entscheidenden Charakter für die vorangehende Handlung ausmacht, so ist die Verpflichtungsübernahme nur eine spezielle Form, in die jene Handlung gekleidet sein kann. Die Unterlassung dagegen ist dann, um mit Krug zu reden, nicht deshalb causal für den Erfolg, weil sie gegen jene übernommene Pflicht verstösst, sondern weil sie ein Wirkenlassen der durch die Handlung gesetzten Gefährdung ist.

So heisst es denn auch: »Er (der verpflichtete Bahnwärter) lässt, indem er unthätig bleibt, seine vorherige Handlung (Verpflichtungsart) ungestört fortwirken, und dies ist es, wodurch sein Wille in denjenigen juristischen Zusammenhang gebracht wird, durch welchen er zum criminalrechtlichen Dolus wird.« Die Dienstpflichtwidrigkeit, der Versprechensbruch, ist sohin nur nebensächlicher Charakter der Unterlassung, eine Eigenschaft, die ganz und gar nicht nötig ist.

Nun ist es auch erklärlich, warum Krug allgemeine Pflichten, auch wenn sie durch einen besonderen Verpflichtungsact über-

nommen sind, den hier erforderlichen Causalzusammenhang nicht begründen lässt. Diesen fehlt eben jenes Charakteristikum der »Gefährdung« Anderer, d. h. des Setzens von Bedingungen für concrete Erfolge.

So sind z. B. die gesetzlichen Pflichten auf einem für alle Staatsangehörigen geltenden Gebote, gewisse Handlungen unter gewissen Verhältnissen vorzunehmen, beruhend. Ob Staatsangehörige in die Lage kommen, in der sie dem Gesetze gemäss in gewisser Richtung thätig werden sollten, und welcher Art diejenigen sein werden, die in eine solche Lage kommen, kann Niemand wissen. Wer daher auf solche gebotene Thätigkeit sich verlassend, einem schädlichen Erfolge sich aussetzt, thut dies auf eigene Gefahr; und wer gegebenen Falls die Thätigkeit unterlässt, wird nur wegen seiner Pflichtverletzung bestraft. Der etwa sich daranknüpfende Erfolg könnte nur in Betracht kommen, soweit ausdrückliche Gesetzesbestimmung hierüber vorläge.

Die Eigenschaft der Gefährdung kommt eben nur jenen speciell verpflichtenden Handlungen zu, »vermöge deren darauf gerechnet werden muss, dass in Hinsicht auf ein bestimmtes zum Voraus erwartetes oder besorgtes Ereigniss eine bestimmte, positive Handlung von dem Verpflichteten, und gerade von diesem im entscheidenden Momente vorgenommen werde.« (S. 38 l. c.)

Krug selbst hat aber meiner Ansicht nach den Kreis der speziellen Verpflichtungshandlungen wieder zu enge gefasst, indem er die Verschiedenheit der zu verhütenden Eventualitäten mit der Allgemeinheit der Verpflichtung verwechselte.

So ist ihm der Nachtwächter, welcher Feuer entdeckt und den Feuerruf nicht hören lässt, nur wegen grober Pflichtverletzung, nicht wegen Brandstiftung strafbar, und hierin stimmt ihm Glaser, allerdings aus einem anderen, nämlich aus dem Grunde bei, dass es ein mehr oder weniger auffallender Zufall sei, wenn der Wächter den Brand entdecke, und dass dieser Zufall ein den Causalzusammenhang unterbrechendes Moment bilde.

Gegen Krugs Auseinandersetzung ergibt sich der Einwand, dass in der Uebernahme des Nachtwächteramtes offenbar die

Uebernahme der speziellen Verhütungspflicht für alle künftighin in Ausübung seines Dienstes bemerkten Gefährdungen des zu bewachenden Ortes liegt. Bemerkt er also in Ausübung seines Dienstes eine drohende Gefahr und unterlässt er es doloser Weise, sie zu verhüten, so ist meines Erachtens der Erfolg ihm zum dolosen Willen zuzurechnen. Unterlässt er aus Nachlässigkeit seinen Dienst zu thun, verschläft er z. B., so verstösst er nicht gegen jene spezielle Verhütungspflicht, denn diese kann ja für ihn immer nur mit dem Erkennen der zu verhütenden Gefahr in Kraft treten, er verstösst nur gegen die Pflicht seinen Dienst zu thun. Er kann daher eventuell auch nicht als culposer Brandstifter angesehen werden, wenn er in der Nacht, wo der Brand ausbrach, seinen Umgang durch Schlafen versäumte. Auf Seiten der Ortseinwohner wird eben darauf gerechnet werden, dass, wenn der Wächter gewisse, befürchtete Ereignisse in Ausübung seines Dienstes als drohend erkennt, er bestimmte Verhütungshandlungen gegen dieselben vornehmen werde.

Dies gegen Krug von seinem eigenen Standpunkte aus.

Gegen Glaser lässt sich sagen, dass jener »mehr oder weniger auffallende Zufall« auf Seiten des Wächters, und darauf kömmt es ja vor Allem an, eben kein Zufall ist. Der Wächter führt ja, so weit es an ihm liegt, bei Ausübung seines Dienstes die Möglichkeit herbei, Gefahren zu erkennen, die dem von ihm bewachten Orte drohen. Der Zufall liegt eben in der Art und Weise des Auftretens der Gefahr. Unbegreiflich aber ist mir, wie Glaser den Fall anders entscheiden will, dass der in einer öffentlichen Schwimmschule angestellte Schwimmmeister es doloser Weise unterlässt, einem ertrinkenden Schwimmer beizustehen. Denn es ist gewiss auch mehr oder weniger Zufall, dass der Schwimmmeister, der, um bei Glasers Ausführung zu bleiben, die Wäsche zu beaufsichtigen und Anfänger zu unterrichten hat, einen vielleicht geräuschlos Versinkenden bemerkt.

Warum unterbricht denn hier der Zufall den Causalzusammenhang nicht?

Wenn nun Krug weiter sagt (S. 41 l. c.): »Fasst man

das Bisherige zusammen, so ist das Resultat: die Unterlassung muss in der Nichterfüllung einer Pflicht zu specieller, positiver Thätigkeit beruhen, welche der Unterlasser durch eine vorherige Handlung übernommen hat,« — so möchte man nach dem Ausgeführten glauben, Krug fordert dies nicht, damit die Unterlassung eine pflichtwidrige sei, sondern deshalb, weil die Handlung, welche in Uebernahme einer speziellen Pflicht von dem oben angegebenen Charakter besteht, eine indirecte Gefährdung Anderer enthält.

Nun fasst aber Krug dabei auch die gemeingefährlichen Handlungen und solche, die eine specielle Gefährdung in sich schliessen, ins Auge, Handlungen, die ihrer Form nach ganz und gar nicht in der Uebernahme einer Pflicht bestehen gegen die das Unterlassen verstossen könnte. Wenn daher hier das Unterlassen pflichtwidrig sein soll, so muss die Pflicht in etwas Anderem begründet sein, als in der Form der Handlung.

Krug findet sie in der Gefährlichkeit der Handlung, welche jeden »der sie unternimmt, eo ipso verpflichtet, mit Vorsicht zu verfahren und jeden möglichen Nachteil nach Kräften abzuwenden, weil, wenn er das nicht thut, das Unglück aus seiner gefährlichen Handlung hervorgeht, folglich mit seiner positiven Thätigkeit in Causalzusammenhang steht.«

Hier liegt also die Pflicht zur Abwendung einer Gefährdung in der Gefährlichkeit der Handlung. Nun ist auch, wie ich oben gezeigt habe, bei einer Verpflichtungsübernahme für Krug der entscheidende Charakter der der Gefährdung, folglich entsteht bei ihr die Pflicht, auf deren Verletzung es ankömmt, auch nur aus diesem gefährdenden Charakter und ist die Verletzung der formell übernommenen Pflicht durch die Unterlassung gleichgültig.

Nach Krugs eigener Begründung ist indess diese Verpflichtung zur Abwehr einer Gefährdung eine sehr problematische. Sie beruht nemlich für den Handelnden darin, dass »sonst das nicht abgewandte Unglück mit seiner positiven Thätigkeit in Causalzusammenhang steht,« und folglich, so wird man wohl weiter schliessen müssen, ihm zugerechnet wird, oder mit andern Worten: weil Jemanden ein aus einer direct oder indirect

gefährdenden Handlung seinerseits eventuell entspringendes Unglück zugerechnet würde, liegt ihm die Pflicht ob, das Unglück zu verhüten.

Was ist wohl der Endzweck bei Erfüllung dieser Pflicht?

Doch nur der, dass der Betreffende die Zurechnung eines aus seiner Handlung eventuell hervorgehenden Unglückes von sich abwendet.

Es wäre sohin nach Krug eine Pflicht, die der Handelnde gegen sich selbst hätte, oder eine innere Pflicht, die zur Aussenwelt in keiner Beziehung stände, das Entscheidende.

Nehmen wir aber selbst an, dass Krug auf jene nach Aussen bestehende, auch nur moralische Pflicht hinweisen wollte, Gefahren, zu denen man bewusster Weise Bedingungen gesetzt hat, auch seinerseits abzuhalten: was wäre durch diese Art Pflichtwidrigkeit für die Zurechnung des Erfolges an den Unterlassenden gewonnen?

Gesteht doch Krug selbst zu, dass die Pflichtwidrigkeit für den objectiven Wert der Unterlassung, für die Causalität derselben nicht in Frage kömmt.

Soll demnach vielleicht die Pflicht, die aus der Gefährlichkeit der Handlung für Abwendung der Gefahr hervorgeht, anders wirken, als die durch Gesetz auferlegte Pflicht, zu handeln?

Indessen kömmt für Krug diese Speculation nicht in Anschlag, denn er behandelt die Frage, wie man sich das »Inbeziehungtreten« der Unterlassung zur vorangehenden Handlung zu denken habe, gar nicht. Und warum?

Weil er den Punkt, worauf es bei unserem Problem vor Allem ankömmt, nemlich »rechtmässige Vornahme einer direct oder indirect gefährdenden Handlung« und »nachheriges doloses Unterlassen der Verhütung der als drohend erkannten Gefährdung« gar nicht berücksichtigt, sondern es für gleich hält, wann der Dolus vorhanden sei. Daher findet auch die Frage keine Erledigung, ob das Bewusstsein von der Gefährlichkeit des Handelns, schon im Momente der Thätigkeit da sein musste, oder erst bei der abzuwendenden Gefahr aufzutreten braucht. Zum Beweise dessen seien die Stellen von Krug, wo die Dolus-Frage erledigt wird, hier angeführt.

»Setzen wir bei den hier angeführten Beispielen Dolus voraus, so kann dieser ebensowohl schon bei der verpflichtenden Handlung, als erst bei der Unterlassung der Pflichterfüllung vorhanden sein.«

»Natürlich wird in solchen Fällen ein erhöhter Grad von Böswilligkeit anzunehmen sein, allein ausgeschlossen ist die juristische Zurechnung zum Vorsatze auch nicht, wenn der Entschluss der Nichterfüllnng der Pflicht oder des Versprechens erst im Augenblicke, wo sie hätte erfüllt werden sollen, gefasst worden ist.« (S. 35 l. c.)

»Niemand zweifelt daher, demjenigen, der eine gefährliche Handlung vornimmt, das daraus entstandene Unrecht zur Culpa zuzurechnen. Dann ist es aber auch consequent, ihm das von ihm beabsichtigte Unglück zum Dolus anzurechnen, mag er nun die Absicht schon bei Vornahme der gefährlichen Handlung oder erst bei Unterlassung der zur Verhütung der Gefahr erforderlichen Handlungen gehegt haben.«

Nun könnte man in der folgenden, bereits oben citirten Stelle, eine Erklärung der Dolusfrage finden; es ist deshalb ein Erfordernis der Genauigkeit, dieselbe hier nochmals anzuführen.

»Er lässt, indem er unthätig bleibt, seine vorhergehende Handlung ungestört fortwirken und dies ist es, wodurch sein Wille mit dem Erfolge in denjenigen juristischen Zusammenhang gebracht wird, durch welchen er zum kriminalrechtlichen Dolus wird.« (S. 36 l. c.)

Was ist es also, das den beim Unterlassen vorhandenen bösen Willen zum criminalrechtlichen Dolus macht?

Das »ungestörte Fortwirkenlassen der vorherigen Handlung, d. h. die Nichtverhinderung des mit jener Handlung zusammenhängenden Erfolges, d. h. die Unterlassung der Abwendung dieses Erfolges.« Es löst sich daher schliesslich der ganze Satz in die einfache Behauptung auf, dass die Unterlassung der Abwendung von Erfolgen obigen Charakters criminalrechtlicher Dolus sei. Warum? Das ist nicht erläutert.

So bleibt uns denn von Krug's Arbeit als Resultat, auf welchem weiter gebaut wurde, der Satz:

Durch Unterlassen kann man »criminal-rechtlich nur für

denjenigen Erfolg verantwortlich werden, den man durch vorhergegangene Handlungen direct oder indirect veranlasst hat, dafern man es unterliess, zur Abwehr desselben das Nöthige zu thun.« (S. 43. l. c.)

§ 4.

Glaser.

(Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht. I. S. 289 ff.)

Einer sehr eingehenden und umfangreichen Betrachtung hat Glaser unser Problem unterzogen, indem er sowohl eine eigene Lehre aufstellte, als auch die früheren Lehren einer Kritik unterzog und das Verhalten der Gesetzgebungen zur Frage darlegte. Seine eigene Lehre, welche hier erörtert werden soll, entwickelt Glaser von dem durch Krug gewonnenen Standpunkte ausgehend und zwar folgendermassen:

»Soll der Thatbestand eines Verbrechens gegeben sein, so muss sich zeigen, dass der zum Begriffe desselben gehörige Erfolg zur Thätigkeit eines bestimmten Menschen im Verhältnis der Wirkung zur Ursache steht.« (S. 297 l. c.) »Aber von einem aus seiner Causalität erwachsenen Erfolge, von einer Wirkung, deren Ursache in seinem Benehmen zu suchen ist, kann nicht die Rede sein, wenn erster Anstoss und Verlauf der Kette von Ursachen, an deren Ende der strafbare Erfolg steht, ganz ausserhalb des Bereiches seines wirklichen Thuns liegen und der Erfolg nur insoferne durch sein Thun oder Lassen bedingt ist, als er den Eintritt hätte hindern können, als also jener Erfolg (gewiss oder wahrscheinlich) ausgeblieben wäre, wenn der Mensch sich hindernd dazwischen gestellt hätte.«

Hier ist nur einzuschalten, dass Glaser unter dem Worte Ursache jede zu einem Erfolge mitwirkende Bedingung versteht und insoferne sogar den Ausdruck negative Ursache anwendbar findet (S. 296 l. c.), weshalb in der allegirten Stelle auch Kette von Ursachen stehen kann. Ich möchte eine derartige Anwendung nicht angezeigt finden, weil sich dabei die Präcision des Ausdruckes zu leicht verliert.

Glaser leitet sodann aus seinen bisherigen Ausführungen den für die Prüfung des Causalzusammenhanges »sicheren Anhaltspunkt« ab: »dass, wenn den angeblichen Urheber ganz aus der Summe der Ereignisse hinweg gedacht, nichtsdestoweniger der Erfolg eintritt, die That und deren Erfolg nicht auf die Wirksamkeit dieses Menschen zurückgeführt werden können; während, wenn sich zeigt, dass, diesen Menschen einmal vom Schauplatz der Ereignisse hinweggedacht, der Erfolg gar nicht eintreten konnte oder doch ganz anders hätte eintreten müssen, man berechtigt ist, den Erfolg jenem Menschen zuzurechnen.«

Dieser »Anhaltspunkt« scheint mir indessen nicht für alle Fälle ausreichend, so richtig der zu Grunde liegende Gedanke ist. Man braucht hier nur an jene Fälle sich zu erinnern, wo man sich beim Hinwegdenken eines Menschen, einen anderen hinzudenken muss, was da statt hat, wo die der Unterlassung vorausgehende Handlung ein Abhalten Anderer von irgendwelcher Thätigkeit in sich schliesst. Hier kann man doch ebenso wenig gewiss sagen, dass der Erfolg nicht eingetreten wäre, als dass er eingetreten wäre.

So stehen wir jetzt vor der Hauptfrage: Wenn der zur Zurechnung des Erfolges nötige Causalnexus durch jene dem Unterlassen vorausgegangene Handlung in schuldloser Weise hergestellt wurde und erst das Unterlassen einen schuldhaften Willen offenbarte, wie kann dann der Erfolg doch zum schuldhaften Willen zugerechnet werden und also Strafbarkeit eintreten?

Diese Frage sucht Glaser, wie wir alsbald sehen werden, durch die Annahme des *dolus subsequens* zu lösen.

Glaser scheidet zuerst die Delicte in solche, »die durch materielle Einwirkung auf die Aussenwelt begründet werden«, und in solche, »die auf psychischen Einwirkungen« beruhen. Diese letzteren werden nicht weiter in Betracht gezogen.

Die ersteren teilt dann Glaser wieder in zwei Kategorien und zwar: einerseits in solche Delicte, bei denen »die wirkende Ursache von einer Person (nämlich dem Unterlassenden) allein ausgeht«, und in solche bei denen der Unterlassende den Ein-

tritt durch physische Bedingungen zwar ermöglicht hat, aber noch die Thätigkeit eines Dritten oder des Verletzten selber hinzukommen muss, um den Eintritt zu verwirklichen.

Auf die andere Seite stellt er die Delicte, bei denen positive, physische Bedingungen zu einem Erfolge nicht durch den gesetzt sind, der es unterlässt, den Eintritt dieses Erfolges zu hemmen und die Herstellung des Causalnexus sohin in anderen der Unterlassung vorangehenden Umständen zu suchen ist.

Diese Hauptunterscheidung beruht sohin lediglich auf der Verschiedenheit der vom Unterlassenden für den Erfolg gesetzten Bedingungen, je nachdem sie materieller oder psychischer Natur sind. Irgendwie muss aber der Mensch für den Erfolg gewirkt haben, damit er ihm zugerechnet werden könne. Die letzteren Bedingungen bestehen aber darin, dass bei anderen Menschen durch den Handelnden eine Meinung erregt wird, welche dieselben zu einem bestimmten Verhalten veranlasst, aus dem dann für sie oder Dritte schädliche Folgen entspringen können. Glaser unterzieht eben diese zweite Kategorie in Bezug auf die den Causalzusammenhang ergebenden Umstände einer eingehenden Betrachtung.

Damit die Einteilung Glasers und die Richtigkeit meiner Auffassung derselben verdeutlicht werde, seien nur einige Beispiele aus jener Abhandlung angeführt.

A. Beispiele für die erste Kategorie:

a) Antreiben der Pferde und Unterlassung, dieselben anzuhalten, wenn ein Mensch im Wege liegt. — Oeffnen einer Schleusse und Unterlassen, sie rechtzeitig zu schliessen. — Amputation und unterlassene Unterbindung der Blutgefässe.

b) Selbstschusslegung. — Das Graben einer Grube. — Giftbereitung.

B. Beispiele für die zweite Kategorie:

Einladung zu einer Schwimmpartie mit dem Versprechen eventuell zu helfen. — Uebernahme des Bahnwärteramtes. — Verhältnis von Eltern und Kindern. —

Glaser glaubt nun das Problem durch folgende Regel gelöst zu haben:

»Eine schuldhafte (dolose oder culpose) Unterlassung bewirkt, dass derjenige, welchem sie zur Last fällt, für den durch sein (an sich unsträfliches) Handeln herbeigeführten und zum Thatbestande eines Delictes gehörigen Erfolg verantwortlich gemacht und als Urheber desselben bestraft wird.« (S. 303 l. c.)

Hier ist die Frage ganz bei Seite gelassen, ob jenes Handeln ein durch den Zufall gegebenes oder ein absichtliches war; und wenn es ein absichtliches war, ob die eventuelle Causalität zu einem Erfolge, dem nachher Unterlassenden, sofort beim Handeln bewusst sein musste oder nicht.

Diese Regel kann Glaser so aufstellen, weil für ihn »die Schwierigkeiten, welche aus dem späteren Hinzutreten des Dolus entstehen, nur scheinbare sind.« Denn man muss die »Handlung« so nehmen, »wie sie criminalistisch allein aufgefasst werden darf — nämlich als ein Ganzes.« (S. 301 l. c.)

Dieses »eine Ganze« oder diese »Handlung« ist aber das positive und negative Verhalten des Menschen von dem Augenblicke an, »wo er zu dem Objecte der Verletzung in eine thatsächliche Beziehung tritt, bis zu dem, wo der Bestand oder Nichtbestand der Verletzung von seiner Willkür völlig unabhängig geworden ist.« (S. 301 l. c.) Unter dem »in thatsächliche Beziehung treten«, worüber v. Bar in seiner Abhandlung sich aufhält, kann ich nun nichts anderes von Glaser gemeint denken, als den Moment, in welchem der betreffende Unterlassende durch seine Thätigkeit den Erfolg zu ermöglichen begann.

Wir haben es hier also mit einer Fiction zu thun. Anders kann ich es nicht heissen, wenn man das Verhalten, welches ein Mensch einem Erfolgseintritte gegenüber während eines gewissen Zeitraums einhält, und welches diesem Erfolgseintritte gegenüber als eine Reihe von Thätigkeiten und Unterlassungen, oder, anders ausgedrückt, aus verschiedenen für sich abgeschlossenen Willensäusserungen besteht, als eine einzige, nur eine Willensäusserung verkörpernde Handlung darstellen will.

Am deutlichsten tritt diese fictive Natur in dem für uns in Betracht kommenden Fall hervor, wo einerseits eine für sich abgeschlossene, rechtmässige Willensäusserung vorliegt, durch

die irgend eine Bedingung für einen Erfolg gesetzt wurde, und dann, wenn erkannt wird, dass jene Bedingung wirkt, weder etwas gethan wird, um sie zu hemmen, noch auch etwas, um den Erfolg zu fördern. Hier würde also ein vom Standpunkte des Erfolges aus absolutes Nichts, zu der die Bedingung setzenden Handlung hinzugezogen und als ein Stück derselben betrachtet. Wenn dann der Dolus innerhalb dieses fingirt einheitlichen Handelns auftritt, ist natürlich das ganze Handeln dolos.

Nun führt Glaser, wenn ich recht verstanden habe, diese Fiction deshalb aus, um durch sie die Fiction des *dolus subsequens* plausibel zu machen, ohne zu bedenken, dass er dadurch mit sich selbst in Widerspruch geräth, sobald der erste Gedanke der Einheit der Handlung consequent festgehalten wird.

Nimmt man nemlich die fingirte Einheit der Handlung an, dann ist sie im Momente, wo der Dolus auftritt, als Verkörperung eines bestimmten Willens noch nicht abgeschlossen, da sie ja ihren Abschluss erst in dem Augenblick findet, wo der Unterlassende den Erfolg nicht mehr hemmen kann. Wenn nun dieser Abschluss dolose erfolgt, verkörpert die Handlung, als ein Ganzes, einen dolosen Willen.

Beim *dolus subsequens* dagegen, wird, wie schon der Name besagt, eine bereits in sich abgeschlossene Verkörperung eines schuldlosen Willens vorausgesetzt und eine später eintretende Verkörperung eines schuldhaften Willens verlangt. Weil nun diese beiden Willensverkörperungen oder Aeusserungen als von einer Person erfolgend in einer gewissen, gemeinsamen, wenn auch nur subjectiven Beziehung zu einem Erfolge stehen, so soll der schuldhafte Charakter der späteren Willensäusserung den schuldlosen Charakter der früheren tilgen und sie gleichfalls schuldhaft machen.

Glaser hält übrigens selbst an der fingirten Einheit der Handlung nicht fest und hat vielmehr das eben Ausgeführte im Auge, wenn er (S. 301 l. c.) sagt: »Indem der Dolus in die getroffenen Vorbereitungen hineintritt — (soll wohl heissen, zu den getroffenen Vorbereitungen hinzutritt) — und den Handelnden antreibt, sie seinen neugefassten Zwecken dienstbar zu machen, gibt er ihnen rückwirkend den verbrecherischen

Charakter, d. h. er stellt sie den in böser Absicht getroffenen Vorbereitungen gleich.« Dasselbe ist der Fall, wenn es in der oben citirten Regel heisst: »Eine schuldhafte Unterlassung bewirkt . . . dass der Unterlassende . . . für den durch sein an sich unsträfliches Handeln herbeigeführten . . . Erfolg verantwortlich gemacht wird etc. etc.«

Das Beispiel aber, das Glaser (S. 301 und 302 l. c.) zum Beweise seiner Ansicht anführt, würde wieder mehr auf die Idee von der Einheit der Handlung passen, ist aber im Uebrigen sehr unglücklich gewählt. Glaser frägt nemlich, ob die That nicht in ganz gleicher Weise dem zugerechnet wird, der in der vorgefassten Absicht, Jemanden zu erschiessen, alle seinerseits möglichen Anstalten hiezu trifft, und dann sein Vorhaben ausführt, und dem, der auf der Jagd begriffen, unerwartet seinen Feind erblickt und nun das Gewehr auf diesen abfeuert. »Wenn also der Dolus in irgend einem späteren Stadium der That hinzutritt« — folgert Glaser daraus — »so genügt es, um ihr den criminellen Character aufzuprägen.«

Was folgt aber für uns daraus? Nur so viel, dass in beiden Fällen ein Verbrechen vorliegt, weil in beiden Fällen ein Mensch dolose getödtet wird. Das Abfeuern des Schusses ist das Erstemal, wie das Zweitemal eine criminelle Handlung.

Wie steht es aber mit den dem Schusse vorausgehenden Handlungen und Umständen?

Im ersten Falle war der Entschluss vorhanden einen Menschen zu tödten; um diesen Entschluss zur Ausführung zu bringen, wurde, was an vorbereitenden Bedingungen gesetzt werden konnte, eben in dieser Absicht gesetzt und erst im Zusammenhang damit der Mord vollbracht. Im zweiten Falle entsteht ohne Zuthun des Thäters, jene Bedingungscombination, auf Grund deren die Handlung begangen werden konnte, und erst dadurch, dass er dieselbe erkennt, fasst der Delinquirende den Entschluss, sein Gewehr auf den Feind abzufeuern. Ist es nun nicht höchst willkürlich, zu sagen, die zufällige Bedingungscombination sei als absichtlich herbeigeführt zu betrachten, weil auf Grund derselben absichtlich gehandelt wurde? Für unsere Frage indess passt das Beispiel schon deshalb nicht,

weil sich hier der Dolus in einem positiven Thun verkörpert und gerade in dem Thun, welches den Hauptteil des Verbrechens ausmacht, im Setzen der Todesursache.

Die Lehre Glasers stützt sich sohin auf den *dolus subsequens,* eine Fiction, die mit der Natur der Dinge ganz im Widerspruch steht, und deshalb in consequenter Anwendung auch ebenso widernatürliche und unbefriedigende Resultate liefern muss.

Zum Beweise dessen seien Entscheidungen von Glaser selbst angeführt. So soll nach ihm (S. 460, 461 l. c.) Jemand der Veruntreuung (österreichischer Rechtsbegriff) dadurch schuldig werden, dass er bona fide die Herausgabe einer Sache an den Eigentümer verweigert oder bona fide die Sache als vernichtet oder nicht mehr in seinem Besitz befindlich angibt, und er später, wenn er seinen Irrtum erkannt hat, und der Eigentümer sich nicht mehr um die Sache bekümmert, dieselbe für sich behält. — Eine Urkundenfälschung, also auch eine intellectuelle kann nur mit dolosem Willen im Momente der Ausführung begangen werden. Nach Glaser aber (S. 481 l. c.) ist der Beamte einer intellectuellen Urkundenfälschung schuldig, der bona fide eine unrichtige Thatsache beurkundet hat, später seinen Irrtum erfährt und gleichwohl der Urkunde ihren Lauf lässt. Doch ist hier nicht der Ort zu weiteren Excursen hierüber.

Ich glaube es ist genug ausgeführt worden, um Glaser's Lehre als nicht annehmbar darzustellen. Ich vermeine hiebei ganz im Einklange mit der Ansicht Geyer's zu stehen. (cfr. Erörterungen aus dem österr. Str. R. S. 17 ff.) Dieser argumentirt, indem er an das von Glaser (S. 304, 305 l. c.) behandelte Beispiel von der gegrabenen Grube anknüpft, so:

Entweder ist das Nichtwarnen dessen, der die Grube gegraben hat, eine reine (wenn auch dolose) Unterlassung, dann kann es nicht im Causalnexus stehen, oder es liegt vermöge der Umstände im Nichtwarnen eine Begünstigung des Irrtums des Bedrohten oder gar die Erregung dieses Irrtums, dann wird durch das Unterlassen eine Bedingung zum Erfolge gesetzt, es ist concludent, und steht im Causalnexus. »Sieht man von der Verlockung ab und begnügt sich mit dem reinen

Nichtwarnen, so wird der mit keiner Handlung verbundene Dolus auf die frühere Handlung (Graben der Grube) zurückbezogen und so eine künstliche Einheit ohne innere Berechtigung hergestellt!«

§ 5.

Merkel.

(Kriminalistische Abhandlungen I. S. 76 ff.)

An Glaser reiht sich Merkel's Theorie betreffs unserer Frage. Merkel nimmt wie Glaser an, dass Jemand, der einen Erfolg nicht hinderte, nur dann für ihn verantwortlich sein könne, wenn er durch eine frühere Handlung in den Causalnexus dieses Erfolges getreten ist. Den Charakter dieser Handlung aber präcisirt Merkel etwas mehr, indem er die von Glaser bei Seite gelassene Frage berücksichtigt, ob die eventuelle Causalität für den Erfolg, welche in der dem Unterlassen vorausgegangenen Handlung begründet sein soll, dem nachher Unterlassenden bekannt sein musste oder nicht.

Merkel entwickelt seine Ansicht also:

Da »die rechtliche Bedeutung der Unterlassung sich hier — aber ebenso — ausschliesslich von dem vorausgehenden activen Verhalten ableitet, wie bei den Ommissivdelicten von der gesetzlichen Auflage zur Vornahme der entsprechenden Handlung — so können nur Unterlassungen solcher Handlungen bei der Begehung von Commissivdelicten als relevant erscheinen, von welchen der Unterlassende die Integrität eines Anderen in irgend einer Weise abhängig gemacht hat.« (S. 81 l. c.)

»Da ferner jene positive Wirksamkeit irgend eine rechtliche Bedeutung nur als eine zurechenbare in Anspruch nehmen kann, so haben wir den obigen Satz dahin zu vervollständigen, dass Unterlassungen uns für den Eintritt irgend welcher Verletzungen nur insoferne und insoweit verantwortlich machen können, als wir die Integrität des Andern in zurechenbarer Weise auf die Vornahme der entsprechenden Handlungen gestellt haben.« (S. 81, 82. l. c.)

Wenn wir nun aber »durch unser actives Verhalten die Integrität des Anderen in zurechenbarer Weise von irgend

welchen positiven oder negativen Bedingungen abhängig machen und dann diese Bedingungen herzustellen unterlassen, so wird, wie hier der äussere Erfolg, die Verletzung des Anderen, nicht herbeigeführt wird durch die Unterlassung, sondern durch die vorausgehende Wirksamkeit, die Zurechnung desselben nicht erst durch die Unterlassung begründet, sondern, als eine eventuell eintretende, bereits durch diese Wirksamkeit . . . .
Die Unterlassung stellt nur eine Bedingung für den Eintritt verantwortlicher Urheberschaft, deren Prinzip in der vorausgehenden Thätigkeit liegt, her.« (S. 87 l. c.)

Wenn wir nun diese Lehre Merkels analysiren wollen, so müssen wir uns vor Allem den Charakter klar machen, welchen Merkel bei der dem Unterlassen vorausgehenden Handlung für nötig hält. Auf welche Weise kann man, so müssen wir uns zunächst fragen, durch sein positives Thun die Integrität der Interessen Dritter von der Vornahme gewisser Handlungen abhängig machen?

Offenbar entweder so, dass man selbst Verhältnisse ins Leben ruft, oder Handlungen vornimmt, durch welche andere eventuell gefährdet werden können, soferne nicht die entsprechenden negativen Bedingungen gegen den schädlichen Erfolg gesetzt werden; oder so, dass man in Andern den Glauben erzeugt, man werde die entsprechenden negativen Bedingungen setzen, wenn sie ein Verhalten beobachten würden, aus dem ihnen oder Dritten Gefahr entstehen kann, und wenn man dieselben so zu einem derartigen Verhalten veranlasst. Das, glaube ich, versteht Merkel unter dem »die Integrität des Anderen in Frage stellen.« Hiefür spricht auch die Anführung der bekannten Musterbeispiele: Einladung zu einer Schwimmpartie — Uebernahme des Krankenwärterdienstes — Uebernahme des Bahnwärteramtes. — Binding thut also in seiner Kritik über Merkel (Normen und ihre Uebertretung II. S. 221) wohl Unrecht, zu behaupten, Merkel habe einen einseitigen Charakter directer Gefährdung bei der vorausgehenden Handlung angenommen. Er thut noch mehr Unrecht, die Annahme des Gefährdungscharakters kritisch zu tadeln, als er ja selbst gerade verlangt, dass in der vorausgehenden Handlung eine

Gefährdung fremder Interessen liege, die aber paralysirt sein soll durch das Setzen einer negativen Bedingung, und den gefährdenden Charakter gerade beim Bahnwärter nachzuweisen sucht.

Nach Merkel aber ist eine eventuelle Gefährdung der Interessen Dritter in der der Unterlassung vorausgehenden Handlung enthalten, negative Bedingungen dagegen sind noch nicht gesetzt, um jener Gefährdung von vorneherein das Gegengewicht zu halten. Die Absicht, solche zu setzen, kann vorhanden oder nicht vorhanden sein. Ist die Absicht nicht vorhanden, so ist jene Thätigkeit doch nur dann aus einem schuldhaften Willen entspringend, wenn die Folgen als eventuell eintretende dem Handelnden bewusst sind oder doch bewusst sein sollten. Ist dies aber der Fall, so muss die Absicht, eventuell die entsprechenden negativen Bedingungen zu setzen, im Momente des activen Verhaltens da sein, damit dieses weder dolos noch culpos ist.

Da nun Merkel weiter will, dass die subjective wie objective Zurechnung nicht blos fictionsweise, sondern wirklich auf jenes active Verhalten zurückgeführt werden könne, so muss er consequenter Weise verlangen, dass im Momente des activen Verhaltens dem nachher Unterlassenden bewusst sein sollte, dass diese Folgen möglicherweise eintreten könnten, wenn er nicht die entsprechenden negativen Bedingungen setzen würde, oder mit anderen Worten, dass er »die Integrität des Andern in zurechenbarer Weise auf die Vornahme der entsprechenden Handlungen gestellt habe.« »Zurechenbar«, sei es zum dolosen oder culposen, sei es zum rechtmässigen Wollen. Allerdings vermeidet Merkel dadurch den Fehler Glaser's, welcher consequent annehmen müsste, dass der Mensch auch für die Folgen einer Thätigkeit verantwortlich wird, welche eine durch den Zufall veranlasste, eine wider den Willen des Betreffenden vorgenommene war, wenn nur hinterher die möglichen Folgen erkannt und in ihrem Eintreten nicht gehemmt wurden. Er selbst zieht aber einerseits, wenn man den Begriff »Voraussehbarkeit« strenge fasst, den Kreis für die in Frage stehenden Delicte zu enge. Eine Menge Folgen von Handlungen werden im Momente des Handelns nicht voraussehbar sein, und man

möchte doch Verantwortlichkeit hiefür statuiren, weil der, welcher gehandelt hat, sie später erkannte. Und anderseits ist »Voraussehbarkeit«, namentlich, wenn sie sich auf längere Zeit erstrecken soll, ein sehr relativer Begriff, bei dessen Beurteilung wohl ziemlich widersprechende Ansichten für ein und denselben concreten Fall zu Tage treten dürften.

Wenn wir nun davon absehen, dass die der Untersuchung voraus gehende Handlung einen dolosen oder culposen Charakter bereits hat — denn dies gehört hier nicht in unsere Untersuchung — so haben wir einmal eine schuldlose Handlung, bei der die später eintretenden Folgen als mögliche vorausgesehen wurden und daher die Absicht vorlag sie abzuwenden, und wir haben nachher die schuldhafte Unterlassung dieser Abwendung. Durch diese letztere geschieht aber nichts; mit den verbrecherisch sein sollenden Erscheinungen steht ja nur die schuldlose Thätigkeit in Verbindung.

Merkel sucht nun die Verantwortlichkeit in jener oben citirten Stelle S. 94 zu construiren, wo es heisst: »Wie hier der äussere Erfolg, die Verletzung des Anderen nicht herbeigeführt wird durch die Unterlassung, sondern durch die vorausgehende Wirksamkeit, so wird die Zurechnung desselben nicht erst begründet durch die Unterlassung, sondern als eine eventuell eintretende bereits durch diese Wirksamkeit.« »Die Unterlassung stellt nur eine Bedingung für den Eintritt verantwortlicher Urheberschaft, deren Prinzip in der vorausgehenden Thätigkeit liegt, her.«

Der Charakter dieser Bedingung wäre nach dem von Merkel angeführten Beispiele ein suspensiver, was wohl nur in der irrigen Wahl des Beispieles nicht aber in Merkel's eigener Ansicht liegen dürfte. Wir brauchen ja nur zu fragen, worüber soll die Unterlassung als Bedingung entscheiden?

Ueber den Eintritt verantwortlicher Urheberschaft. Diese Urheberschaft liegt aber in einer vorausgehenden Thätigkeit und kann also nur dann strafrechtlich verantwortlich sein, wenn jene Thätigkeit eine dolose oder culpose war. Da nun jene Thätigkeit den schuldhaften Charakter von vorneherein nicht hatte, so entscheidet die Unterlassung bedingungsweise hinterher

3

über die Eigenschaft des in jener Thätigkeit sich verkörpert habenden Willens. Wollte man nun den Vergleich mit einem suspensiv bedingten Rechtsgeschäfte aufrecht erhalten, so könnte man dies nur thun, wenn man behauptet, die Eigenschaft des Willens sei im Momente der Handlung unentschieden, d. h. der Wille sei weder schuldhaft noch rechtmässig und diese Eigenschaft ergebe sich erst hinterher aus der eventuell eintretenden Unterlassung. Die Behauptung aber, dass ein Wille weder ein rechtmässiger noch ein schuldhafter sein könne, ist doch zu vernunftwidrig, als dass sie Jemand wird aufstellen wollen.

Ich kann mir daher Merkel's Ansicht nur folgendermassen vorstellen: Indem Jemand eine Handlung vornimmt, durch welche er die Integrität eines Anderen in zurechenbarer Weise von der Setzung irgend welcher Bedingungen abhängig macht und diese Bedingungen zu setzen, auch wirklich die beste Absicht hat, erklärt er doch stillschweigend, eventuell so angesehen werden zu wollen, als ob er diese Absicht nicht gehabt hätte, als ob er schon damals also, dolos oder culpos gehandelt hätte — dann nemlich, wenn er den für einen andern schädlichen Erfolg, zu dem seine Handlung causal war, als eintretend erkannt hat und seine Abwendung schuldhaft unterlässt. Es ist demnach die Unterlassung eine potestative Resolutivbedingung darüber, ob jener dem Handeln zu Grunde liegende rechtmässige Wille auch weiter rechtmässig verbleiben soll, oder ob er, je nach dem das Unterlassen dolos oder culpos ist, von Anfang an dolos oder culpos gewesen sein, respective so angesehen werden soll.

Dies heisst aber doch nichts anderes, als dass, im gegebenen Falle, der im Unterlassen zu Tage tretende Wille auf die vorausgehende Thätigkeit zurückbezogen werden und ihr rückwirkend seinen Charakter aufprägen soll.

So hat Merkel dadurch, dass er in der Unterlassung eine potestative Resolutivbedingung annahm, nur eine andere allerdings geistreiche Construction für den *dolus subsequens* gemacht und diesen seiner Lehre zu Grunde gelegt.

Dieselbe unterscheidet sich sohin von Glasers Theorie nur dadurch, dass der Kreis der Handlungen, mit welchen die

Unterlassung in Verbindung stehen muss, um strafrechtliche Verantwortlichkeit zu begründen, bedeutend erregt ist.

§ 6.

v. Bar.

(Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte bes. im Str. R. S. 90 ff.)

v. Bar geht bei Aufstellung seiner Theorie von einem ihm eigenthümlichen Begriffe der Causalität eines Menschen für einen Erfolg aus, den ich desshalb hieher zu stellen für nötig halte. Dieser Begriff ist folgender: »Ein Mensch ist im rechtlichen Sinne Ursache einer Erscheinung, in soferne er als die Bedingung gedacht wird, durch welche der sonst als regelmässig gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein anderer wird.« (S. 11. l. c.)

Nun ist sofort an der Präcision dieses Begriffes eine Ausstellung zu machen. Gerade das, worauf es vor Allem ankömmt, fehlt hier, nemlich die Erledigung der Frage: Unter welchen Voraussetzungen kann man sich den Menschen als jene Bedingung denken? Der reinen Willkühr wird doch v. Bar dieses gerade wichtigste Moment nicht überlassen wollen.

So ist denn strenge genommen mit diesem Causalitätsbegriff nichts gesagt und nur ein *quid pro quo* gegeben.

Doch hier ist zumeist der Schlusspassus von Bedeutung: -- »durch welchen der sonst als regelmässig gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein anderer wird.« — Auf diesen stützt nemlich v. Bar (S. 97 l. c.) den weiteren Satz, dass »nur ein der Regel des Lebens widersprechendes Verhalten rechtlich verantworlich machen kann.« Darin liegt der Grundfehler der Lehre v. Bar's. v. Bar macht hier nemlich den merkwürdigen Schluss, dass ein Verhalten, weil es der Regel des menschlichen Lebens widerspricht, rechtliche Verantwortlichkeit begründet.

Rechtlich verantwortlich kann doch nur jenes Verhalten machen, welches mit dem Rechte im Widerspruch steht. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn ein Verhalten als solches, oder wenn der Erfolg, auf den es abzielt, rechtlich verpönt ist.

Der Regelwidrigkeit kann sohin nicht mehr Wert erteilt werden als der Vertragswidrigkeit oder der Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens, d. h. sie könnte nur in soferne in Frage kommen, als eben ein Verhalten, das regelwidrig ist, den Thatbestand eines Delictes ausmacht.

Was ist aber diese von v. Bar so sehr begünstigte Regel des Lebens?

Wie aus der ganzen Ausführung v. Bar's hervorgeht: das Verhalten, welches die Menschen in ihrer gegenseitigen Beziehung unter gewissen Verhältnissen anzunehmen pflegen. (Seite 106, 107 l. c.)

Ich will nur einen Satz erwähnen, — es wird eben vom Betruge gesprochen — »das Entscheidende liegt allein in der Regel des Verkehr's.« Nun kann man im Verkehr doch eine Menge von Verkehrsgruppen, die ihre bestimmten Usançen haben, unterscheiden. Diese Usançen dürften auch oft einander widersprechen, und man könnte zu sonderbaren Resultaten für die rechtliche Verantwortlichkeit kommen. Anderseits aber wird doch v. Bar auch nicht in Abrede stellen wollen, dass eben das, was in gewissen Lebenskreisen gerade als der Regel des Lebens entsprechend angesehen wird, vom Standpunkte des Staates aus für schädlich gehalten und deshalb verpönt wird. (z. B. das Duell.)

Die Lehre die v. Bar betreffs unserer Frage gibt wird nun des weiteren also entwickelt. (S. 96, 97, 98 l. c.) »Eine absolute Negation ist eine reale Unmöglichkeit.« »So kann von Handlung und Unterlassung nur in einem relativen, im rechtlichen Sinne die Rede sein.« »Handlung ist ein Verhalten, welches der Regel nach rechtlich verantwortlich macht, eine Unterlassung ein Verhalten, welches der Regel nach rechtlich nicht verantwortlich macht.« — Also wären nach v. Bar alle rechtmässigen Handlungen als Unterlassungen zu bezeichnen und alle Ommisivdelicte als Handlungen. — »Da nun, wie wir gesehen haben, nur ein der Regel des Lebens widersprechendes Verhalten rechtlich verantwortlich machen kann, so lässt die ganze Frage sich auch dahin formuliren: Unter welchen Voraussetzungen macht ein der Regel des Lebens anscheinend oder der Regel

nach entsprechendes Verhalten, dennoch ausnahmsweise für einen durch das Verhalten der betreffenden Person bedingten Erfolg verantwortlich? »Und hiemit, meint v. Bar, haben wir sogleich die Lösung der Frage gewonnen.«

Vor allem aber dürfte die Frage selbst von v. Bar nicht richtig gestellt sein. Denn, da nach ihm das regelmässige Verhalten rechtlich nicht verantwortlich macht und das regelwidrige rechtlich verantwortlich macht, so ist klar, dass es keiner besonderen Voraussetzungen bedarf, damit ein »der Regel des Lebens nur anscheinend, oder der Regel nach entsprechendes Verhalten dennoch ausnahmsweise« rechtlich verantwortlich mache. »Ein der Regel des Lebens nur anscheinend entsprechendes Verhalten« entspricht eben de facto der Regel nicht, ist somit regelwidrig, und macht also nicht bloss »ausnahmsweise« sondern immer rechtlich verantwortlich. »Ein der Regel des Lebens aber der Regel nach entsprechendes Verhalten« entspricht dann eben ausnahmsweise der Regel nicht, und ist dann regelwidrig etc. Das Ausnahmsweise ist bei einem derartigen Verhalten aber nicht die Verantwortlichkeit, sondern die Regelwidrigkeit.

Die Frage hätte also wohl so gestellt werden sollen: Unter welchen Umständen ist die Unterlassung regelwidrig und macht daher rechtlich verantwortlich für einen durch das Verhalten der betreffenden Person bedingten Erfolg?

— »bedingt« hat hier wohl den Sinn, dass es dem Menschen freigestanden hat den Erfolg zu hemmen oder nicht zu hemmen. —

Dass v. Bar die Frage, so wie ich andeutete, stellen wollte, wird auch durch seine Antwort, welche seine Theorie und somit »die Lösung der Frage« enthält, bestätigt: »Es bedarf also besonderer Umstände, damit eine Unterlassung als Ursache eines eingetretenen, schädlichen Erfolges betrachtet werden könne. Diese Gründe kann ich nur finden: in einer vorausgehenden positiven Thätigkeit, welche als eine der Regel des Lebens entsprechende nur angesehen werden kann, wenn der Handelnde eine andere positive Thätigkeit darauf folgen lässt. Jene erste Thätigkeit kann an sich eine durchaus un-

sträfliche, nicht culpose sein; sie kann aber auch in einer übernommenen Verpflichtung bestehen, welche, wenn sie auch etwa civilrechtlich nicht klagbar ist, doch die gegründete Erwartung der Erfüllung erregt.«

— Nur im Vorbeigehen möchte ich auch hier hinweisen auf die mangelnde Präcision der Charakterisirung »jener ersten Thätigkeit« und auf die sonderbare Gegenüberstellung von »unsträflich, nicht culpos« und von »der übernommenen Verpflichtung«, was auch Binding mit Recht beanstandete. —

v. Bar's Lehre lautet mit anderen Worten so: Wenn Jemand eine der Regel des Lebens widersprechende Handlung vorgenommen hat, die erst durch weitere Handlungen der Regel des Lebens entsprechend gemacht werden muss, so kann die Unterlassung dieser weiteren Handlungen als Ursache eines schädlichen Erfolges angesehen werden, und ist deshalb strafbar.

Nun haben wir die Wahl anzunehmen, dass v. Bar entweder eine Fiction aufstellt, oder dass er der Unterlassung wirklich Ursachenqualität zuerkennt, soferne durch sie eine Handlung in ihrer Regelwidrigkeit belassen wird.

Soll eine Fiction vorliegen, so kann man nur sagen, dass es ein sehr einfaches und willkürliches Verfahren ist, einem menschlichen Verhalten die Ursachenqualität beizulegen, von dem man sich selbst sagt, dass es nichts weniger als die Ursache zu einem Erfolge sein kann.

Ist das zweite der Fall, so steht v. Bar auf jenem ganz fehlerhaften Standpunkte Ludens, der auch annimmt, dass Unterlassen gleich Verursachen sei. Bei Luden ist die Unterlassung als Nichthinderung des Erfolges, der gehindert werden konnte, die Ursache für denselben; — Bei v. Bar ist sie die Ursache, weil sie eine vorausgehende Handlung in ihrer Regelwidrigkeit belässt; und zwar welche vorausgehende Handlung? — doch offenbar eine, die zu dem eingetretenen Erfolge irgendwie in Beziehung stund. Fast scheint demnach die Ansicht Ludens noch weniger der Logik zu widerstreiten, als die letztere; denn diese nimmt ja gar nicht Rücksicht auf die etwaige Beziehung der Unterlassung zu dem durch sie verur-

sacht sein sollenden Erfolg, sondern nur auf die Eigenschaft einer vorausgehenden Handlung.

— Ich glaube in der Weise kritisiren zu müssen, weil es in der citirten Stelle heisst »betrachtet werden könne« und so Zweifel besteht, ob wirklich oder nur fictionsweise betrachtet wird. —

Nun möchte Jemand fragen, wozu dieser ganze Beweisapparat für die Ursachlichkeit des Unterlassens, wenn für v. Bar die Regelwidrigkeit einer Handlung zur rechtlichen Verantwortlichkeit genügt?

Die Antwort scheint mir dahin gegeben werden zu müssen, dass v. Bar etwas, was er in seiner ganze Abhandlung scheinbar ausser Acht gelassen, dennoch gefühlt hat: nemlich dass zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit ausser der Regelwidrigkeit auch noch schuldhafter Wille gehört. Der schuldhafte Wille äussert sich aber hier erst im Unterlassen und deshalb sucht v. Bar das Schwergewicht für die Urheberschaft und somit für die Verantwortlichkeit dorthin zu verlegen.

Nun räumt aber v. Bar neben seinem Prinzip auch noch dem *dolus subsequens* eine Rolle ein. Allerdings verwahrt er sich dagegen, dass er den *dolus subsequens* da annehme, wo der Thatbestand des Verbrechens mit einer gewissen dolosen oder culposen Handlung vollkommen gegeben ist, und es nur die Folgen dieser Handlung sind, welche der schuldlos thätiggewesene *mala fide* zu hemmen unterlässt, z. B. bei Diebstahl, Urkundenfälschung. Er nimmt ihn aber für die Fälle an, wo aus einer gewissen Thätigkeit eines Menschen erst ein schädlicher Erfolg entstehen muss, damit ein Delict gegeben sei. (cfr. S. 110 l. c.) »Wenn Jemand die früher schuldlos von ihm getroffenen Veranstaltungen schuldhaft bestehen lässt, damit ein anderer unachtsam sich durch dieselben selbst beschädige, so ist er nun vermöge des *dolus subsequens* Urheber der eingetretenen Verletzung.«

Warum hier der *dolus subsequens* angenommen und nicht die eigene Lehre als ausreichend betrachtet wird, sehe ich nicht ein. Denn: getroffene Veranstaltungen sind jedenfalls so lange regelwidrig, als durch sie eine rechtswidrige Verletzung

herbeigeführt werden kann; — nur Rechtswidriges kann ja nach v. Bar auch regelwidrig sein. — Sind dieselben aber solange regelwidrig, so werden sie regelmässig, sobald das Eintreten einer derartigen Verletzung unmöglich wurde. Steht, dies zu bewirken in der Gewalt dessen, der jene regelwidrigen Veranstaltungen schuldlos getroffen hat, so ist der Thatbestand, den v. Bar für seine Lehre verlangt, gegeben.

— Steht dies nicht in der Macht dessen, so kann dieser nie verantwortlich sein, weil von ihm schuldlos herbeigeführte Folgen da sind, die er auch schuldloser Weise nicht hindern konnte. —

Nimmt nun v. Bar hier gleichwohl *dolus subsequens* an, so räumt er ihm die gleiche Stelle mit seiner Regel ein und überlässt somit uns die Wahl.

Jene Lösung der Frage aber, die er (S. 98 l. c.) als »sogleich gewonnen« in Aussicht gestellt hat, hat v. Bar in seiner Abhandlung nicht zu geben vermocht.

§ 7.

Der Causalitätsbegriff
bei
Ortmann, v. Buri und Binding.

(Ortmann: Holtzendorff's Strafrechtszeitung 1873. S. 465 ff. — Gerichtssaal: 1874. S. 439 ff, 1875. S. 209 ff. — Goltdammer's Archiv XXIII. S. 268 — 280, XXIV. S. 93 — 103.

v. Buri: Gerichtssaal: 1869. S. 189 — 218, 1875. S. 25 ff. 1876. S. 170 ff. — Goltdammers Archiv XXIV. S. 89 ff. — Ueber Causalität. 1873. S. 96 ff.

Binding: Normen und ihre Uebertretung. Band I S. 41 ff.)

Die letzte Phase in der Behandlung unseres Themas wird durch die Fehde zwischen Ortmann und v. Buri hierüber eingeleitet, an die sich dann Bindings Arbeit anreiht.

Ortmann und v. Buri, wie auch nachher Binding, suchen die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unterlassers, wieder als durch die Unterlassung selbst begründet darzustellen, und sind auf verschiedenem Wege bemüht die zu jener Verantwortlichkeit nötige Causalität für den Erfolg in der Unterlassung nachzuweisen.

Ortmann wendet sich in dem hier vor Allem in Betracht kommenden Aufsatze (Gerichtssaal 1874. S, 439—454) gegen v. Buri (Gerichtssaal 1869. Seite 189 ff. und Abhandlung über Causalität Seite 96 ff.) Er stützt sich hiebei auf eine, wie er glaubt, in Uebereinstimmung mit dem Ursachenbegriffe Bindings gegebene Bestimmung der Causalität des Menschen für einen Erfolg, welche er in folgender Weise entwickelt:

»Causalzusammenhang zwischen einer menschlichen That und dem Eintritte eines Erfolges ist dann vorhanden, wenn die That entweder die positiv- (zum Erfolge hin-) wirkenden Bedingungen — Umstände, Kräfte — dergestalt vermehrt oder die negativen Kräfte dergestalt vermindert hat, dass die ersteren zum Siege über die letzteren gelangt sind.« »So wenig also zu dem sogenannten objectiven Causalzusammenhange erforderlich ist, dass die That sämmtliche zum Erfolge notwendigen Bedingungen hervorgebracht hat, so wenig kann hierzu genügen, wenn die That nur eine dieser Bedingungen erzeugte; das Urteil, dass ohne diese That der Erfolg nicht eingetreten sein würde, reicht zur *imputatio facti* nicht hin.«

Dies lässt sich in Kurzem mit andern Worten so ausdrücken: Ein Erfolg ist dann einem Menschen zuzurechnen, wenn dieser in der zum Erfolge zusammenwirkenden Kette von Bedingungen die letzte gesetzt hat, sei es, dass er eine positive Bedingung hinzufügte, sei es, dass er eine negative Bedingung vernichtete und dadurch den andern das Uebergewicht verschaffte. Dasselbe hat Ortmann auch mit der grössten Entschiedenheit im Gerichtssaal 1875. Seite 210 ausgesprochen.

Ortmann hat hier, in Folge irriger Auffassung des Binding'schen Ursachenbegrift's, offenbar eine ziemlich unglückliche Construction der Causalität des Menschen für Erfolge gemacht; — eine Construction, die auch nur Construction ist und mit dem wahren Stande der Dinge nichts gemeinsam hat.

Zu welchen Consequenzen dieselbe bei practischer Anwendung führen müsste, ist leicht einzusehen. Es stünde ja derjenige, der bewusster Weise für einen beabsichtigten Erfolg eine hiezu absolut nötige Bedingung gesetzt hat, weil er erwarten

musste, dass die andern Bedingungen sich später, sei es durch die Natur, sei es durch Menschen, bewusst oder unbewusst, dazu finden würden, nicht in der Weise im Causalzusammenhange des Erfolges, dass ihm dieser zugerechnet werden könnte und bliebe somit straffrei.

Diese Unnatürlichkeit hat Ortmann selber gefühlt und daher im Gerichtssaal 1875. Seite 212. Anmerkung ziemlich im Vorbeigehen, seinen Causalitätsbegriff etwas modificirt. Er sagt nemlich dortselbst: »Von der Regel, dass Bedingung und Ursache scharf unterschieden werden müssen, macht meiner Ansicht nach ein einziger Fall eine Ausnahme, wenn die menschliche Thätigkeit einer Naturkraft die Möglichkeit des Hinzutrittes und der Herbeiführung des Erfolges in Vereinigung mit ihr gewährt hat.« »Es folgt dies daraus, dass die Naturkraft sich nach unabänderlichen Gesetzen entwickelt und dass ihre Entstehung, wenn man sie auf die entfernteren Ursachen zurückleitet, stets vor den Zeitpunkt der menschlichen Handlung fällt.«

Jedenfalls hätte Ortmann dies auch auf unzurechnungsfähige Menschen ausdehnen sollen. Bei diesen äussert sich ja auch bloss eine Combination von Naturkräften nach ihren unabänderlichen Gesetzen, weil das Reflexionsvermögen nicht in dem Masse vorhanden ist, dass dadurch unwillkürliche Reactionen auf äussere Eindrücke hin überwunden werden können. So aber kann Ortmann auch die Tiere nicht zu den Naturkräften rechnen, weil bei diesen ja auch keine bloss physikalischen Kräfte walten, sondern dieselben physiologischen Kräftecombinationen, wie beim Menschen.

Etwas seltsam dürfte es aber jeden unbefangen Urtheilenden berühren, wie Ortmann am Schlusse der citirten Stelle auch hier noch seinen Causalitätsbegriff zu retten sucht: »und dass ihre Entstehung etc. etc. . . . stets vor den Zeitpunkt der menschlichen Handlung fällt.« Ich glaube nicht, dass hier Kritik nötig ist.

Man wird aber noch einen weiteren Irrtum, in dem Ortmann sich bewegt, erkennen. Er verwechselt nemlich causal, d. h. ursächlich, zur Ursache gehörend, und Ursache selbst

und glaubt also, dass ein Mensch nur dann, wenn er wirklich die Ursache zu einem Erfolge setzte, causal für diesen Erfolg sei, oder im Causalnexus desselben stünde.

Bei der Kritik des Binding'schen Ursachenbegriff's, wird sich nun ergeben, wie einerseits Ortmann seine fehlerhafte Construction aus demselben herleiten konnte, ohne dabei im Einklange mit Binding zu stehen und anderseits wird sich bei Betrachtung der v. Buri'schen Ansicht zeigen, dass dieser von Binding ganz und gar nicht soweit entfernt ist, als die beiden selbst glauben.

Binding (I. Seite 41 ff. l. c.) geht von dem richtigen Satze aus, dass »jede Veränderung in der Welt das Resultat eines siegreichen Kampfes, einer Kraft über die andere sei, der die Gegenwart zerstörenden Elemente über die sie zu erhalten oder nach anderer Richtung fortzureissen bestrebten.« Nun zieht er aber daraus den Schluss: »Spielt die menschliche That bei Herbeiführung einer Veränderung mit, so kann dies dem Anscheine nach auf zwei Arten geschehen, entweder sie verstärkt die zum Erfolge hinwirkenden oder aber sie schwächt die jenem Erfolge widerstrebenden Bedingungen.«

Diesen Schluss kann nun Binding nur desshalb ziehen, weil, wie mir scheint und wie es auch aus seiner unten zu behandelnden Lehre hervorgeht, er über das Wesen von Bedingung und Erfolg nicht im Klaren ist. Wie möchte sonst Binding behaupten, dass für jeden Erfolg von Anfang an bereits positive und negative Bedingungen vorhanden seien, obwohl er selbst, wie es den Anschein hat, Bedingung gleich Kraftäusserung setzt?

Wenn Binding jenen Satz aufstellt, so geht er von einem ziemlich kleinen Kreis von Erfolgen, die rechtlich in Betracht kommen können, aus; nemlich von jenen, für welche bereits eine auf sie hinwirkende Kraft vorhanden ist, so dass der Mensch zur Herbeiführung eines Erfolges nur diese Kraft zu verstärken oder ein ihr entgegenstehendes Hemmniss zu schwächen braucht. Ein solcher Fall ist auch das erste von Binding hier gegebene Beispiel: — »Stiftet Jemand eine Ueberschwemmung, so kann er dies thun durch Verstärkung des

musste, dass die andern Bedingungen sich später, sei es durch die Natur, sei es durch Menschen, bewusst oder unbewusst, dazu finden würden, nicht in der Weise im Causalzusammenhange des Erfolges, dass ihm dieser zugerechnet werden könnte und bliebe somit straffrei.

Diese Unnatürlichkeit hat Ortmann selber gefühlt und daher im Gerichtssaal 1875. Seite 212. Anmerkung ziemlich im Vorbeigehen, seinen Causalitätsbegriff etwas modificirt. Er sagt nemlich dortselbst: »Von der Regel, dass Bedingung und Ursache scharf unterschieden werden müssen, macht meiner Ansicht nach ein einziger Fall eine Ausnahme, wenn die menschliche Thätigkeit einer Naturkraft die Möglichkeit des Hinzutrittes und der Herbeiführung des Erfolges in Vereinigung mit ihr gewährt hat.« »Es folgt dies daraus, dass die Naturkraft sich nach unabänderlichen Gesetzen entwickelt und dass ihre Entstehung, wenn man sie auf die entfernteren Ursachen zurückleitet, stets vor den Zeitpunkt der menschlichen Handlung fällt.«

Jedenfalls hätte Ortmann dies auch auf unzurechnungsfähige Menschen ausdehnen sollen. Bei diesen äussert sich ja auch bloss eine Combination von Naturkräften nach ihren unabänderlichen Gesetzen, weil das Reflexionsvermögen nicht in dem Masse vorhanden ist, dass dadurch unwillkürliche Reactionen auf äussere Eindrücke hin überwunden werden können. So aber kann Ortmann auch die Tiere nicht zu den Naturkräften rechnen, weil bei diesen ja auch keine bloss physikalischen Kräfte walten, sondern dieselben physiologischen Kräftecombinationen, wie beim Menschen.

Etwas seltsam dürfte es aber jeden unbefangen Urtheilenden berühren, wie Ortmann am Schlusse der citirten Stelle auch hier noch seinen Causalitätsbegriff zu retten sucht: »und dass ihre Entstehung etc. etc. . . . stets vor den Zeitpunkt der menschlichen Handlung fällt.« Ich glaube nicht, dass hier Kritik nötig ist.

Man wird aber noch einen weiteren Irrtum, in dem Ortmann sich bewegt, erkennen. Er verwechselt nemlich causal, d. h. ursächlich, zur Ursache gehörend, und Ursache selbst

und glaubt also, dass ein Mensch nur dann, wenn er wirklich die Ursache zu einem Erfolge setzte, causal für diesen Erfolg sei, oder im Causalnexus desselben stünde.

Bei der Kritik des Binding'schen Ursachenbegriff's, wird sich nun ergeben, wie einerseits Ortmann seine fehlerhafte Construction aus demselben herleiten konnte, ohne dabei im Einklange mit Binding zu stehen und anderseits wird sich bei Betrachtung der v. Buri'schen Ansicht zeigen, dass dieser von Binding ganz und gar nicht soweit entfernt ist, als die beiden selbst glauben.

Binding (I. Seite 41 ff. l. c.) geht von dem richtigen Satze aus, dass »jede Veränderung in der Welt das Resultat eines siegreichen Kampfes, einer Kraft über die andere sei, der die Gegenwart zerstörenden Elemente über die sie zu erhalten oder nach anderer Richtung fortzureissen bestrebten.« Nun zieht er aber daraus den Schluss: »Spielt die menschliche That bei Herbeiführung einer Veränderung mit, so kann dies dem Anscheine nach auf zwei Arten geschehen, entweder sie verstärkt die zum Erfolge hinwirkenden oder aber sie schwächt die jenem Erfolge widerstrebenden Bedingungen.«

Diesen Schluss kann nun Binding nur desshalb ziehen, weil, wie mir scheint und wie es auch aus seiner unten zu behandelnden Lehre hervorgeht, er über das Wesen von Bedingung und Erfolg nicht im Klaren ist. Wie möchte sonst Binding behaupten, dass für jeden Erfolg von Anfang an bereits positive und negative Bedingungen vorhanden seien, obwohl er selbst, wie es den Anschein hat, Bedingung gleich Kraftäusserung setzt?

Wenn Binding jenen Satz aufstellt, so geht er von einem ziemlich kleinen Kreis von Erfolgen, die rechtlich in Betracht kommen können, aus; nemlich von jenen, für welche bereits eine auf sie hinwirkende Kraft vorhanden ist, so dass der Mensch zur Herbeiführung eines Erfolges nur diese Kraft zu verstärken oder ein ihr entgegenstehendes Hemmniss zu schwächen braucht. Ein solcher Fall ist auch das erste von Binding hier gegebene Beispiel: — »Stiftet Jemand eine Ueberschwemmung, so kann er dies thun durch Verstärkung des

Wasserdrucks auf die Schleussen . . . oder aber durch Entfernung oder Schwächung der Schleussen. . . .« Hier braucht eben der Mensch dem Wasser nur den Weg bahnen zu helfen, den es vermöge seiner Schwerkraft schon fortwährend zu gewinnen bestrebt ist.

Nicht hieher passend und gegen seine Theorie sprechend ist aber Bindings zweites Beispiel: — »Tödtet Jemand, so kann er dies thun durch Verletzung der das Leben erhaltenden Körperintegrität oder durch Hinderung des Hinzutretens von Sauerstoff zu den Lungen.« —

Ich wenigstens weiss nicht, welche dem Menschen Sauerstoff entziehende Kraft der unterstützen soll, welcher einen Anderen erwürgt; oder welche Schleusse für das Blut der abschwächen soll, welcher einen Andern verwundet; oder, um noch Etwas anzuführen, welchen im Körper bereits vorhandenen Zersetzungsprozess der fördern soll, der einen andern vergiftet?

In diesen Fällen besteht ja die Thätigkeit des Menschen gerade darin, den organischen Lebensprozess zu stören und den hiebei wirksamen Kräften eine andere Richtung zu geben, als die sie bisher hatten. Dass die Wunde tief genug sein muss, um so viel Blut entströmen zu lassen, als zur Tödtung nötig ist, oder um die Organe zu verletzen, ohne deren Integrität der Körper nicht lebensfähig ist; dass der Druck auf die Luftröhre stark genug sein muss, um wirklich den nötigen Zugang von Sauerstoff abzusperren; dass endlich die Dosis Gift gross genug sein muss, um die Nerventhätigkeit zu lähmen, oder den Stoffwechsel zu stören, oder das Blut zu zersetzen etc. etc., ist gewiss, aber ebenso gewiss ist, dass der Widerstand des Körpers gegen eine Kraft sich eben erst auf ihre Einwirkung geltend machen kann. Solange aber eine solche nicht vorhanden, ist auch eine Reaction des Körpers hingegen unmöglich.

So haben wir denn in diesen Fällen von vorneherein, weder Wirkung noch Gegenwirkung für einen Erfolg; erst der Mensch ruft beide hervor.

Anschliessend an die eben kritisirte Stelle, fährt Binding fort: »Verursachung einer Veränderung ist also identisch, mit

einer Veränderung des Gleichgewichts zwischen den sie abhaltenden Bedingungen und den zu ihr hinwirkenden zu Gunsten der letzteren.« »Ursache sind die zum Erfolge hinwirkenden Bedingungen in ihrem Uebergewicht über die von ihm abhaltenden Bedingungen.« »Erzeugung der Ursache ist also nichts weniger als Erzeugung sämmtlicher zum Erfolge hinwirkender Bedingungen oder sämmtlicher von ihm abhaltender Bedingungen.« »Die Ursachen, die nie einfach sind, bilden sich stets aus einer . . . Menge von Bedingungen. . . .« »Keine von diesen Bedingungen kann fehlen, alle sind notwendig, damit ihre Summe verbunden mit ihrem Spannungsverhältniss sich als Ursache darstelle.« »Der Mensch verursacht etwas, soferne er jenes Uebergewicht der hinwirkenden über die abhaltenden Bedingungen bewirkt, und wie viel oder wie wenig er dazu zu thun hat, bestimmt sich nach dem Machtverhältniss der beiden Bedingungsmassen, wie er es vorfindet.« »Am leichtesten ist seine Aufgabe im Falle des Gleichgewichts, schwieriger, wenn die abhaltenden Bedingungen an Kraft ihren Gegnern überlegen sind.«

Binding geht, wie man sofort sieht, bei seiner Deduction vom Standpunkte des herbeizuführenden und nicht des herbeigeführten Erfolges aus.

Er unterscheidet auch scharf zwischen »Verursachung« gleich Veränderung des Gleichgewichts der Bedingungen für und gegen einen Erfolg, und »Ursache« gleich Summe der zum Erfolge hinwirkenden Bedingungen in ihrem Uebergewicht über die ihn abhaltenden.

Mit dieser Unterscheidung steht aber der Satz »Erzeugung der Ursache etc. etc.« in directem Widerspruche.

»Erzeugung der Ursache« ist nemlich hier offenbar gleich »Verursachung«; gleich Veränderung des Gleichgewichts zwischen den positiven und negativen Bedingungen; gleich dem Setzen der das Gleichgewicht verändernden, also der letzten Bedingung. Diese letzte, das Gleichgewicht verändernde Bedingung wäre sonach an dieser Stelle, ganz im Widerspruch mit dem im vorangehenden und nachfolgenden Satze gegebenen Begriffe, als Ursache bezeichnet.

So hat Ortmann die Lehre Bindings aufgefasst, wahrscheinlich noch bestärkt durch den Sinn, welchen die beiden Sätze von der Causalität des Menschen bei ungezwungener Erklärung zu haben scheinen. Denn nach diesen müsste man eigentlich annehmen, dass der Mensch nur dadurch Etwas verursachen kann, dass er die letzten das Gleichgewicht, der beiden Bedingungsmassen verändernden Bedingungen setzt. — Jn diesem Sinne müsste man dann auch jene Stelle Binding's (S. 41 l. c.) nehmen wo er sagt: »So lassen sich die Verbote practischer so ausdrücken: Ihr sollt nicht die Ursache zu einem Tode, zu der oder jener Veränderung erzeugen.« —

Man hat nun bei diesen zwei widersprechenden Begriffsbestimmungen der »Ursache« die Wahl anzunehmen, dass Binding sagen will, sowohl die letzte der gesetzten Bedingungen, die das Gleichgewicht verändernde Bedingung, als auch die ganze Masse hinwirkender Bedingungen in ihrem Uebergewicht über die abhaltenden Bedingungen seien in gleicher Weise Ursache zu nennen und als solche zu betrachten.

Thut man dies nicht, so muss man den Ausdruck »Erzeugung der Ursache« an jener Stelle von Binding's eigenem Standpunkte aus als irrthümlich gewählt bezeichnen. Denn, was geschieht, wenn ein Uebergewicht der zum Erfolge hinwirkenden Bedingungen erzeugt wird?

Es werden zu bereits vorhandenen positiven Bedingungen noch weitere hinzugefügt werden.[1]) —

Ist aber etwa damit die Summe der Bedingungen erzeugt, welche die Ursache bildet?

Nein, es sind nur weitere Summenglieder gesetzt; die bestimmte Summe selbst entsteht nur beim Vorhandensein sämmtlicher Glieder.

Es müssen also bereits so viele Glieder da sein, dass das Hinzufügen einer gewissen Anzahl neuer Glieder die Summe vollenden kann. Daraus erhellt, dass kein Glied fehlen kann und alle Glieder gleich nötig sind, sowohl die früher als die

[1]) Das Vernichten von negativen Bedingungen ist ja gleich dem Setzen von positiven Bedingungen und braucht sohin nicht eigens erwähnt zu werden. —

später gesetzten, um in ihrer Summe die Ursache darzustellen, und demgemäss kann Erzeugung der Ursache nur Erzeugung sämmtlicher zum Erfolge hinwirkender Bedingungen sein. Beim Setzen einzelner Bedingungen dagegen kann ich wenigstens nach Bindings eigener Lehre nur ein »Verursachen« d. h. ein Mitwirken zur Ursache erkennen.

Eben aus dem Gesichtspunkte der gleichen Notwendigkeit der früheren wie der späteren Bedingungen kann man jenen die Causalität des Menschen betreffenden Sätzen eine etwas ferner liegende Deutung geben. Man kann von jenem Gesichtspunkte aus in ihnen auch den Fall mit inbegriffen erachten, dass der Mensch bewusster Weise Bedingungen für einen Erfolg gesetzt hat, in der Erwartung, dass die anderen zu diesem Erfolge noch nötigen Bedingungen sich anderswie an die von ihm hervorgebrachten anreihen würden. Der Mensch hat hier dadurch, dass er seinerseits Bedingungen setzte, in soferne den Erfolg verursacht, als die später für denselben sich geltend machenden Bedingungen nur im Zusammenhang mit jener ersten vom Menschen gesetzten Bedingung den Erfolg bewirken konnten.

Diese Deutung ist indess durch Binding selbst gerechtfertigt, der wenigstens in späterer Zeit in die fragliche Stelle den angegebenen Sinne gelegt hat, wofür folgender Passus seiner unten zu kritisirenden Arbeit (II S. 240 l. c.) Beweis ist.: »Und so setzt er die Ursache zu ihm [dem schädlichen Erfolge] schon im Momente der Uebernahme des Amtes oder der Stelle, soweit eben diese Ursache durch seine Thätigkeit zu Stande kommen soll, und wartet der weiteren seinem Vorhaben günstigen Bedingungen, die durch Hinzutritt zu den von ihm selbst gesetzten, den Erfolg herbeiführen sollen.« Aus diesem Gesichtspunkt ist dann auch die weiter oben citirte Stelle zu betrachten: »Spielt die menschliche Thätigkeit bei Herbeiführung einer Veränderung mit.« . . . etc. etc. (I. S. 41 l. c.)

So bleiben uns denn als die Lehre Bindings über »Ursache« und »Causalität des Menschen« die zwei Thesen: »Ursache ist die Summe aller zum Erfolge hinwirkenden Bedingungen in ihrem Uebergewicht über die abhaltenden.« »Der Mensch

verursacht einen Erfolg oder der Mensch erzeugt die Ursache für einen Erfolg, insoferne er eine Bedingung für denselben setzt.«

Wenn nun auch Binding unter »Erzeugung der Ursache« das Setzen der letzten, der das Gleichgewicht verändernden Bedingung versteht, so ist er dennoch, wie wir sehen, gezwungen, jede von einem Menschen für einen Erfolg gesetzte Bedingung, soferne sie die einzige ihrer Art ist, als Ursache anzusehen. Unter mehreren von Menschen für denselben Erfolg gesetzten Bedingungen müsste dann allerdings die zeitliche Reihenfolge über die Ursachenqualität entscheiden, eine Qualität, die aber mehr formell wäre, da ja nach Binding's eigener Lehre alle für den Erfolg wirkenden Bedingungen gleich nötig sind, um in ihrer Summe die Ursache zu bilden.

Dass Ortmann sohin mit Binding's Lehre nicht im Einklange geblieben ist, wird klar geworden sein.

Wie verhält sich aber v. Buri's Ursachenbegriff zu dem von Binding gegebenen?

v. Buri in seiner »Causalität« (S. 1) stellt folgende Lehre auf: »Sämmtliche Kräfte, welche für die Entstehung einer Erscheinung irgend eine Wirksamkeit geäussert haben, sind in ihrer ganzen Summe als Ursache der Erscheinung anzusehen.« »Mit demselben Rechte lässt sich aber auch jede einzelne dieser Kräfte für sich allein schon als Ursache der Erscheinung betrachten, denn die Existenz derselben hängt so sehr von jeder Einzelnkraft ab, dass, wenn auch nur eine einzige Einzelnkraft ausscheidet, die Erscheinung selbst zusammenbricht.« »Der menschliche Wille kann nur insoferne als ein Bestandteil des Causalzusammenhanges angesehen werden, als man in ihm das Agens erblickt, welches die Körperkräfte in Bewegung gesetzt hat.«

v. Buri hat hiebei im Gegensatze zu Binding den Standpunkt des herbeigeführten Erfolges gewählt und daher das Uebergewicht der zum Erfolge hinwirkenden Bedingungen über die abhaltenden als selbstverständlich vorausgesetzt. Beide nennen jedoch die Summe der für einen Erfolg zusammenwirkenden, respective zusammengewirkt habenden Kräfte oder Bedingungen die »Ursache« desselben. Beide finden jede

einzelne dieser Kräfte oder Bedingungen gleich notwendig für den Erfolg. Und wenn v. Buri den falschen Schluss macht, dass man das Glied einer Summe, weil es zur Herstellung der Summe notwendig ist, der Summe selbst gleichsetzen könne, so steht er damit der Binding'schen Lehre sehr nahe, sobald man den Ausdruck «Erzeugung der Ursache« nicht als von Binding irrtümlicher oder ungenauer Weise gesetzt annimmt. Nur kann man nach v. Buri's weiter gehendem Ausdrucke, was bei Binding nicht der Fall ist, auch die einzelnen Naturkräfte als Ursache bezeichnen.

In Bezug auf die Causalität des Menschen endlich sagt v. Buri offenbar, dass der Mensch causal sei für einen Erfolg, wenn er willkürlich eine Kraftäusserung für denselben vorgenommen hat, durch die er andere Kraftäusserungen hervorrief oder verstärkte, oder ihnen entgegenstehende Hemmnisse beseitigte, mit anderen Worten, wenn er eine Bedingung für denselben gesetzt hat. Dann kann er, was v. Buri verlangt, als jenes »*agens*« betrachtet werden, welches die Körperkräfte in Bewegung gesetzt hat. So ist v. Buri auf einem etwas einfacheren Wege zu dem Resultate gelangt, welches Binding auf einem, allerdings geistreich gemachten, Umwege erreicht hat.

§ 8.

v. Bar's Causalitätsbegriff.

(v. Bar *culpa* und Causalzusammenhang Grünhutische Zeitschrift. Band IV. S. 36 ff; Lehre vom Causalzusammenhange S. 10 ff.)

In dem Aufsatze über »culpa etc. etc.« sucht v. Bar seinen Begriff der Causalität des Menschen (siehe oben § 6. meiner Abhandlung) gegenüber den Angriffen Bindings nochmals zu begründen, indem er nebenbei eine tadelnde Kritik gegen v. Buri's und Binding's Causalitätsbegriffe übt.

v. Bar selbst erklärt hier, dass »Ursache im absoluten, philosophischen Sinne der Inbegriff aller Bedingungen einer Erscheinung« und desshalb ein »für das Recht, wie für jede empirische Untersuchung«, überhaupt unbrauchbarer Begriff sei.

Statt der »Ursache im philosophischen Sinne« muss man daher für das Recht eine »Ursache im juristischen Sinne« zu construiren suchen. Eine solche Construction will v. Bar auf folgendem Wege erreichen: »Die empirische Untersuchung »handelt (gleichfalls) nach dem Grundsatze *divide et impera;* sie nimmt eine von den verschiedenen Bedingungen für den Erfolg heraus und, indem sie die übrigen Bedingungen ohne weiters als vorhanden voraussetzt, erklärt sie jene Bedingung für die Ursache.« Das hiebei die Ursachenqualität entscheidende Merkmal ist sohin das mehr oder minder häufige Vorkommen einer Bedingung, indem bei der empirischen Untersuchung die Bedingungen, »welche sich entweder überall auf der Erde oder doch sehr häufig oder regelmässig zusammenfinden« als »Bedingungen« bezeichnet werden, die andern aber bei denen dies nicht der Fall ist, als »Ursachen.« Diese Bezeichnung als »Ursache« ist also eine rein willkürliche, auf blosser Annahme beruhende, die, wie v. Bar selbst sagt, »mit dem Zwecke der Untersuchung« wechseln dürfte. Für dies willkürliche Annehmen spricht sich v. Bar noch deutlicher in folgender Stelle aus: »Diese Unterscheidung gehört wie man sieht dem Gebiete des Denkens an; objectiv betrachtet sind Ursache und Bedingung identisch.« Diese von ihm ganz fälschlich als eine objective angegebene Betrachtung erklärt er »als für das Recht unbrauchbar« denn, »die notwendige Folge davon ist, wenn überhaupt die Idee der Schuld noch im Rechte aufrecht erhalten werden soll, eine durchaus subjective Beurtheilung der Schuld.«

Um nun diese subjective Beurtheilung zu vermeiden, verlässt v. Bar den Boden »der objectiven Betrachtung« und betritt »das Gebiet des Denkens.« Wenn man aber die »objective Betrachtung« vom »Gebiete des Denkens« ausscheidet, und diesem als Etwas verschiedenes gegenüberstellt, so muss man »Denken« äqual »annehmen« setzen und zwar äqual »willkürlich annehmen«, und entkleidet so das Wort seiner wahren Bedeutung gänzlich.

Von diesem Gebiete des Denkens aus construirt dann v. Bar seinen juristischen Ursachenbegriff: »Ursache ist immer diejenige Bedingung einer Erscheinung, welche wir uns denken

als unterbrechend den sonst von uns vorausgesetzten, regelmässigen Verlauf der Erscheinungen.«

Nun ist auch der Gedankengang klar, den v. Bar bei der Aufstellung des Begriffes der Causalität des Menschen eingehalten hat. Er hat wohl gewusst, dass der Mensch in seinem Streben nach Bedürfnissbefriedigung fortwährend verändernd einwirkt auf den Gang der ihn umgebenden Erscheinungswelt, um die Erfolge, welche seinen Bedürfnissen entsprechen, hervorzubringen. Eine den regelmässigen Verlauf der sie umgebenden Erscheinungswelt verändernde Einwirkung kömmt sohin sämmtlichen Menschen zu. Ganz folgerichtig und in völligem Einklange mit obigem Ursachenbegriffe hat daher v. Bar für die menschliche Causalität folgende Formel construirt: »Ein Mensch ist im rechtlichen Sinne Ursache einer Erscheinung, insoferne er als die Bedingung gedacht wird, durch welche der als regelmässig gedachte Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens ein anderer wird.« (Lehre vom Causalzusammenhang S. 11.) Ich habe schon oben § 6 die Präcision dieser Begriffsbestimmung getadelt und darauf hingewiesen, dass eigentlich nur ein *quid pro quo* damit gegeben ist, wenn man nicht »denken« gleich »ganz grundlos annehmen« setzen will. v. Bar selbst hat die sehr subjective Färbung seiner beiden Definitionen offenbar gemerkt, und versucht nun in dem Aufsatze über »culpa etc. etc.« (Anmerkung 24 l. c.) diesen »gedachten Verlauf«, und also auch die »gedachte Bedingung« etc. etc. als etwas Objectives darzustellen. »Jener regelmässig gedachte Verlauf der Dinge« — heisst es dort — »ist also in jenem absoluten Sinne allerdings etwas Subjectives. Allein er ist doch auch wiederum etwas Objectives, als nicht das subjective Denken des Einzelnen, sondern das Denken entscheidet, welches wir bezeichnen können, als das Denken eines verständigen, wenn auch nicht über ein gewisses Maass hinausbegabten Mannes«, als das des »*diligens pater familias.*« Dieses Denken respective Annehmen des dil. p. f. könnte nun v. Bar, wie es ja auch die Gegenüberstellung des Denkens eines Einzelnen bezeugt, nur durch Vergleichung einer grösseren Summe von Annahmen finden. Wenn ich aber hunderttausend Nullen addire,

4*

so habe ich immer Null und wenn v. Bar hunderttausend von einandergleichen Annahmen, die im Widerspruche mit dem Resultate objectiver Betrachtung stehen, hernimmt, so hat er eben auch nur eine subjective, rein willkürliche Annahme, die von hunderttausend Menschen geteilt wird, aber gewiss nichts Objectives. Auf diesem Wege wird also v. Bar wohl nicht, wie er es wünscht, zu einer objectiven Beurtheilung der Schuld gelangen, sondern weit eher zu einer subjectiven.

Nun scheint mir aber, dass für dieses »gedacht werden« in der Bar'schen Formel, für die Causalität des Menschen auch eine reale Beziehung zwischen dem Menschen und dem Verlaufe der Erscheinungen, für welchen dieser als verändernde Bedingung erscheinen soll, von Bar verlangt wird.

Diese reale Beziehung ist, wie aus der ganzen Abhandlung hervorgeht, die, dass der Mensch durch sein Verhalten eine Bedingung gesetzt hat für einen Erfolg, welcher den sonst als regelmässig gedachten Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens unterbrach. Ein solches Verhalten aber ist entschieden ein »regelwidriges«, da ein der »Regel des Lebens« entsprechendes nimmermehr den »regelmässigen Verlauf der Erscheinungen des menschlichen Lebens« stören konnte, während jenes eine Bedingung für einen diesen Verlauf unterbrechenden Erfolg setzte. Eine derartige Bedingung muss wohl »als den regelmässigen Verlauf der Erscheinungen unterbrechend gedacht werden« und ist sohin nach v. Bar die Ursache des Erfolges. Und der Mensch, der diese Bedingung gesetzt hat, ist offenbar »im rechtlichen Sinne die Ursache« für diesen Erfolg, da er jedenfalls auch als »Bedingung für die Unterbrechung des regelmässigen Verlaufes der Erscheinungen gedacht werden« kann. Der Grund des »gedacht werdens« liegt aber augenscheinlich das erste Mal in der Natur der Bedingung, das zweite Mal in der Thätigkeit des Menschen, und könnte sohin v. Bar das »insoferne wir sie uns denken, als unterbrechend« ersetzen durch »insoferne sie unterbricht, oder zur Unterbrechung mitwirkt«, und dem Passus »insoferne er als Bedingung gedacht wird« umändern in: »insoferne er eine Bedingung gesetzt hat.«

Von der Bedeutungslosigkeit der Regel des Lebens für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des menschlichen Verhaltens habe ich bereits § 6 genügend gesprochen und kann daher hier davon absehen.

Es bleibt uns sohin als Resultat der Erörterungen v. Bar's offenbar nichts Anderes, als dass ein Mensch als rechtlich verantwortlicher Urheber eines Erfolges angesehen wird, wenn er eine Bedingung für diesen gesetzt hat. v. Bar ist sohin trotz eifrigen Bemühens auch nicht über v. Buri und Binding hinausgekommen.

Doch warum, so muss man sich hier wohl fragen, diese intensiven, wenn auch erfolglosen Versuche, eine Formel zu construiren, nach welcher es möglich wäre, den Menschen als Urheber eines Erfolges im eigentlichen Sinne des Wortes, als den der wirklich die Ursache zu demselben gesetzt hat, darzustellen?

Die Antwort ist einfach. Die betreffenden Rechtslehrer glauben, dass die zur rechtlichen Verantwortlichkeit eines Menschen für einen Erfolg nötige Causalität dieses Menschen für diesen Erfolg nur dann begründet sei, wenn dieser Mensch wirklich Urheber dieses Erfolges war, wirklich die Ursache hiezu gesetzt hat.

Als Beweis hiefür möchte ich nur eine Stelle Bindings aus den »Normen« (I. S. 41) anführen: »so lassen sich die Verbote practischer so ausdrücken:« »Ihr sollt nicht die Ursache zu einem Tode, zu der oder jener Veränderung erzeugen«, und v. Bar (Lehre vom Causalzusammenhang S. 1) sagt: »Es ist Erforderniss, dass die Strafe nur den Schuldigen treffe und daher auch, wenn ein Ereigniss vorliegt, welches den Schein eines Erzeugnisses eines rechtswidrigen Willens an sich trägt, notwendig festzustellen ob eine bestimmte Persönlichkeit Ursache dieses Ereignisses sei.«

Ob die Schriftsteller mit dieser ihrer Ansicht recht haben, darüber werde ich unten sprechen. Jedenfalls ist es ihnen nicht gelungen, sie durch ihre Causalitätsbegriffe haltbar zu machen.

§ 9.

v. Buri's frühere Lehrmeinung.

(v. Buri Gerichtssaal 1875. S. 26 ff. — 1876 S. 179 ff.)

In seiner Lehre über die Begehungsdelicte durch Unterlassung hat v. Buri einen Gedanken ausgeführt, den Binding in seiner Theorie hierüber aufgegriffen und weiter verfolgt. v. Buri, Ortmann und Binding stimmen nemlich darin überein, dass eine Unterlassung nur causal sein könne, »indem sie mit einer vorangegangenen positiven Handlung sich verbindet und eine negativ wirkende Bedingung, welche der Unterlassende durch diese Handlung gesetzt hat, wiederum beseitigt.« Ueber die Natur dieser negativen Bedingung aber gehen die Meinungen auseinander. v. Buri und Binding stehen hier Ortmann gegenüber.

v. Buri's Ansicht, wie er sie selbst (Gerichtssaal 1875. S. 26.) zusammenfasst ist folgende: »Der Wille, den Erfolg abzuwenden, und die demselben adäquate Thätigkeit, welche den Erfolg zu hindern strebt, erscheint als eine dem Eintritte desselben entgegenwirkende causa, und es muss darum die Unterdrückung dieses Willens beziehungsweise die Verhinderung der Entstehung desselben in einem Anderen oder in sich selbst, als Beseitigung einer dem Erfolge entgegenwirkenden causa und somit als eine Causalität selber betrachtet werden, welche die Haftbarkeit für den nicht abgewendeten Erfolg — bezw. Versuch — nach sich zieht.« Diese Causalität aber könne nur dann eine rechtliche Bedeutung haben »im Falle der Unterlassende erkannt haben würde, dass seine der Unterlassung vorausgegangene Causalität im Begriffe stehe den Erfolg herbeizuführen«, d. h. mit anderen Worten dann, wenn der Unterlasser durch die vorausgehende Thätigkeit eine Bedingung für einen Erfolg gesetzt hat, er insoferne causal für diesen nunmehr in Aussicht stehenden Erfolg geworden, und sich dessen auch bewusst ist. Der Abwendungswille muss aber in jener Thätigkeit vorhanden gewesen sein, soferne sie rechtmässig sein soll, und dieser Abwendungswille, der den Charakter einer negativen Bedingung hat, wird dann durch die Unterlassung beseitigt.

Hierauf begründet v. Buri seine Lehre in einer eigentümlichen Weise, die offenbar auf einer unrichtigen Anwendung seines Causalitätsbegriffes beruht. Er fährt nemlich l. c. fort: »Denn dann ergeht die Aufforderung seine eigene, wenn schon subjectiv unverschuldete Causalität, nicht zu einem jedenfalls objectiv widerrechtlichen Ziele gelangen zu lassen, mit solcher Bestimmtheit an ihn, dass er sich ihr nicht entziehen darf.« (d. h. dann hat er die Pflicht, den Erfolg abzuwenden.)

Dass eine solche Pflicht aber nur in diesem Falle rechtliche Bedeutung habe, wird dann (Gerichtssaal 1876 S. 179 ff.) so zu begründen versucht: »Ist auch theoretisch richtig, dass jede schuldhafte Unterlassung, die Pflicht zur Handlung mag sich herschreiben, woher sie will, durch ihre Causalität die Haftbarkeit für den Erfolg nach sich zieht, so liegt es doch am Tage, dass durch die uneingeschränkte praktische Anwendung, welche am Ende auch die Verletzung einer lediglich ethischen Pflicht in sich schliesst, die Strafbarkeit allzuweit ausgedehnt werden würde.« »Lediglich aus diesem Grunde scheint es gerechtfertigt, durch das Gesetz, die Strafbarkeit der causalen Folgen ausschliesslich an die Unterlassung derjenigen Pflicht zur Abwendung, welche aus der vorangegangenen eigenen Causalität sich ergeben hat, zu knüpfen.«

Hier liegt also die schon oben § 2 widerlegte und von den meisten aufgegebene Idee vor, dass der Charakter der Pflichtwidrigkeit das menschliche Verhalten causal machen könne. Doch kömmt v. Buri zu dieser Idee durch eine irrige Anwendung des von ihm selbst gegebenen Ursachenbegriffs.

Indem nemlich v. Buri in jedem pflichtwidrigen vorangegangenen Unterlassen eine Vernichtung des vorangegangenen pflichtmässigen Willens und somit einer für den Erfolg negativen Bedingung findet, erkennt er der Unterlassung Causalität zu. Er übersieht dabei, dass der Mensch vom Standpunkte des Erfolges aus als Veranlasser erscheinen muss, was er oben selber gesagt hat, und dass also derjenige, welcher zum Erfolge in keiner anderen Beziehung steht, als dass er eine negative Bedingung gesetzt hat und diese wieder wegnimmt, sich nicht

anders verhält als der, welcher dem Erfolge gegenüber von vorneherein passiv geblieben ist.

Diesem Fehler v. Buri's entgeht Binding bei der Aufstellung seiner Theorie, indem er v. Buri's Idee dahin präcisirte, dass in jener der Unterlassung vorausgehenden Thätigkeit einerseits eine positive Bedingung für einen Erfolg liege und anderseits als Aequivalent hiefür zugleich eine negative Bedingung gesetzt sei, nemlich der Entschluss, die Wirkung der positiven Bedingung zu hemmen. Durch die Unterlassung — das Aufgeben des Entschlusses — würde diese negative Bedingung vernichtet und die selbst gesetzte positive Bedingung frei gemacht, deshalb aber und nicht wegen ihrer Pflichtwidrigkeit sei die Unterlassung causal für den eingetretenen Erfolg und mache rechtlich verantwortlich. Eine Kritik von v. Buri's vorstehender Lehre halte ich für unnötig, dieselbe wird bei der Widerlegung Binding's von selbst mit widerlegt.

Nun hat aber v. Buri neuerdings in einer Schrift über diese Frage den ihn hier leitenden Gedanken ganz fallen lassen und bloss mehr die Pflichtwidrigkeit als solche, als das die Causalität bestimmende Moment anerkannt. Er ist, wie er dort selbst eingesteht, ganz auf den Standpunkt Feuerbach's zurückgekehrt. Ohne den Zusammenhang zu unterbrechen, könnte ich daher hier diese Arbeit nicht kritisiren und werde sie sohin erst nach der Kritik über Ortmann und Binding besprechen.

§ 10.

Ortmann.

(Gerichtssaal 1874. S. 439 — 454.)

Ortmann leitet in dieser Abhandlung einen Angriff gegen v. Buri von jenem fehlerhaften Causalitätsbegriffe aus ein, den wir oben § 7 kennen gelernt haben. Nur das möchte ich hievon erwähnen, was Ortmann richtig bemerkt, dass durch die Lehre v. Buri's die Fälle nicht gedeckt sind, »in denen der Thäter bei der vorangehenden positiven Handlung an die Möglichkeit eines schädlichen Erfolges derselben gar nicht

dachte, also weder mit eventuellem *dolus*, noch mit der eventuellen Abwendungsabsicht handelte.«

Ortmann selbst, wie bereits § 9 erwähnt, sucht gleich v. Buri in der Unterlassung die Vernichtung einer für den Erfolg gesetzten negativen Bedingung nachzuweisen, um so die Causalität der Unterlassung für diesen Erfolg zu erzielen. Diese negative Bedingung ist aber — im Gegensatze zu v. Buri — »nicht sowohl in dem bei Vornahme der vorangehenden, positiven Handlung vorhandenen Willen, den Erfolg dieser Handlung abzuwenden, als vielmehr in der nachher unterlassenen Thätigkeit selbst zu suchen; gleichviel, ob zur Zeit jener positiven Handlung der Abwendungswille vorhanden war oder nicht.« »Nach meiner Meinung muss also der Unterlasser, wenn seine Unterlassung soll causal sein können, die unterlassene Handlung selbst durch ein vorheriges actives Verhalten als eine dem Erfolge entgegenwirkende Bedingung gesetzt haben. Dies ist aber allemal dann der Fall, wenn das vorherige positive Verhalten, ein solches war, durch welches der Unterlasser die Erwartung, er werde eine bestimmte, den fraglichen rechtswidrigen Erfolg verhindernde Handlung vornehmen, dergestalt erregt hat, dass Andere hierauf vertrauend entweder jenem Erfolge sich aussetzten, oder nicht selbst für die Abwendung desselben sorgten. Denn in solchen Fällen hat der Betreffende ein Verhalten an den Tag gelegt, durch welches er Dritte zu dem Glauben verleitete, dass er gewillt sei, den fraglichen verletzenden Erfolg zu verhüten, durch welches er also objectiv genommen und nach dem berechtigten Urteile der Anderen, welche sich auf ihn verliessen, die dann unterlassene Verhütung des Erfolges zur Bedingung des Nichteintrittes dieses Erfolges gemacht hat.« »Diesem objectiven Werte seiner Handlung gegenüber ist es dann ganz gleichgültig, ob sein subjectives Wollen zur Zeit dieser Handlung dem objectiven Werte derselben entsprochen hat.«

Diese Lehre stellt Ortmann im Gerichts-Saal 1875 S. 216 ff. nochmal auf und gibt dort auch Beispiele an: Uebernahme eines Amtes — eines Auftrages — Zeugungsact.

v. Buri's Kritik über die vorstehende Lehre (Ger.-Saal 1875.

S. 34. 35) ist von seinem Standpunkte aus richtig, namentlich aber ist seine diesbezügliche spätere Ausführung (Gerichtssaal 1876. S. 180) zu erwähnen und ihr beizupflichten. Diese Ausführung legt dar, dass Ortmann's Lehre einerseits die Fälle nicht betrifft, in denen die vom Erfolge Verletzten nichts wussten von der Vornahme jener Handlung, und dass anderseits der Unterlasser strafbar würde, der unbewusst in Andern die Erwartung erregt hat, er werde den Erfolg abwenden, für den gleichfalls wider sein Wissen durch seine Handlung eine Bedingung gesetzt würde.

Ich meinerseits möchte Ortmann's Lehre von einer andern Seite aus angreifen. In ihr liegt ebenso, wie bei v. Buri und Binding ein innerer Widerspruch: »Vernichtung« durch »Unterlassung.« Aber nicht daran will ich mich jetzt halten, darauf komme ich ohnedies bei Binding zu sprechen, nur die Natur jener negativen Bedingung, die vernichtet werden soll, werde ich etwas beleuchten.

Diese negative Bedingung ist nach Ortmann in der nachher unterlassenen Thätigkeit zu suchen. Nun kann aber diese Thätigkeit noch nicht vorgenommen sein, denn sonst könnte sie nicht unterlassen werden; und wäre auch der Erfolg, den sie hindern sollte, nicht eingetreten.

In der unterlassenen Thätigkeit, als solcher, kann sohin die Bedingung nicht liegen, denn, da diese Thätigkeit nicht vorhanden ist, wäre auch die Bedingung selbst nicht vorhanden.

Sie muss also in Etwas gesucht werden, was zum mindesten auf diese Thätigkeit Bezug hat.

Da wäre es nun das Natürlichste, wie v. Buri und Binding dies thun, die Bedingung in der Voraussetzung jener Thätigkeit, d. h. im Willen und in der Absicht des Handelnden respektive nachher Unterlassenden anzunehmen.

Dies will aber Ortmann nicht und so bleibt ihm denn Nichts mehr übrig, was im gegebenen Falle auf die unterlassene Thätigkeit Bezug hat, als die Erwartung dritter hievon. Diese stempelt nun Ortmann auch wirklich zur negativen Bedingung für den Erfolg und glaubt noch dazu, dass dies der objective Wert der Handlung des nachher Unterlassenden sei.

Betrachten wir uns doch einmal den objectiven Wert, den die fragliche Handlung wirklich hat. Durch die Handlung muss nach Ortmann im Verletzten oder in Dritten, die sonst die Verletzung abwenden würden, der Glaube erweckt werden, dass der Handelnde und nachher Unterlassende seinerseits für die Abwendung des Erfolges thätig werden würde. — Durch diesen Glauben werden sohin die Andern veranlasst, sich diesem Erfolge auszusetzen oder ihn ihrerseits nicht abzuwenden. — Dieser Glaube ist also die Bedingung für ein den Erfolgseintritt erleichterndes Verhalten des Dritten. — Er ermöglicht den Erfolg und ist somit selbst eine positive Bedingung für denselben. — Die Handlung aber, durch die dieser Glaube erregt wird, hat ihren objectiven Wert nicht etwa im Setzen einer negativen Bedingung für den nicht verhinderten Erfolg, sondern gerade im Gegenteile hievon, im Setzen einer positiven Bedingung für diesen. (Dies hat z. B. auch Binding ganz richtig erkannt.) Ob dann weiter der Wille des Handelnden der erregten Erwartung von vorneherein entspricht oder nicht entspricht, ist für Ortmann ganz gleichgültig.

Wenn Ortmann auf diesem Wege zu einer negativen Bedingung gelangen will, die durch die Unterlassung vernichtet werden soll, so kann er dies wohl nur durch eine Fiction. Denn soweit wird Ortmann, was er sonst thun müsste, doch nicht gehen wollen, Folgendes zu behaupten: Wenn Jemand durch eine Handlung seinerseits in Anderen absichtlich den Glauben erregt hat, er werde für eine Gefahr negative Bedingungen setzen, während er fest entschlossen ist, keine solchen herzustellen, und nun die Andern in diesem irrigen Glauben sich der Gefahr aussetzen, resp. dieselbe ihrerseits nicht abwenden, sei gleichwohl eine negative Bedingung wirklich vorhanden. Vorhanden muss sie aber *de facto* sein, wenn sie *de facto* soll vernichtet werden.

Allerdings sollte man den Worten Ortmann's entsprechend fast annehmen, dass es ihm mit dieser Behauptung ernst sei. Indess könnte Ortmann auch so gesagt haben wollen: Wenn Jemand durch eine Handlung seinerseits in Andern die Erwartung erregt hat, er werde gegen eine Gefahr die erforder-

lichen negativen Bedingungen setzen, so soll man fingiren, dass wirklich negative Bedingungen gesetzt sind. Auf Grund dessen könne man dann des weiteren fingiren, dass durch das Unterlassen der Herstellung der wirklichen negativen Bedingungen die fingirten negativen Bedingungen vernichtet worden seien. Auf Grund dieser Fiction könne man endlich dem Unterlassen den Charakter der Causalität zuerkennen und strafrechtliche Verantwortlichkeit für den durch dasselbe fingirter Weise verursachten Erfolg statuiren.

Es würde hier aus zwei ganz willkürlichen Fictionen, die mit der wahren Sachlage im directen Widerspruch stünden, auf die Causalität der Unterlassung geschlossen. Diese Causalität wäre indess selbst bloss eine fingirte, und Ortmann hätte so eine Fiction als principiellen Grund für die Rechtsprechung ausgegeben. Fictionen aber, und dies ist auch mit Bezug auf frühere Ansichten zu erwähnen, können überhaupt nur dann eine Grundlage rechtlicher Entscheidung sein, wenn sie vom Gesetze selbst aufgestellt sind.

§ 11.

Binding.

(Die Normen und ihre Uebertretung. Bd. II. S. 206 ff.)

Den Zusammenhang, in welchem Binding bei der Bearbeitung unseres Problems mit seinen Vorgängern steht, habe ich oben, § 10, zu zeigen Gelegenheit gehabt und auch den Weg angedeutet, den er dabei einschlägt.

Vor Allem teilt sich Binding den Stoff für die Ausführung seiner Theorie nach folgenden drei Fragen ab:

I. »Wie ist diese der Unterlassung vorausgehende Handlung in Wahrheit beschaffen?«

II. »Wie ist die Unterlassung selbst beschaffen?«

III. »Wie verhält sich der schuldhafte Wille des Unterlassenden zur Verursachung des widerrechtlichen oder rechtmässigen Erfolges?«

Die Antwort auf die erste dieser Fragen lautet: »Diese Handlung ist nicht Verursachungshandlung für den schliesslich

eingetretenen Erfolg.« (S. 226 l. c.) · »Das Wesen dieser Handlung besteht vielmehr umgekehrt gerade darin, dass ihr Urheber sich mittels ihrer als eine zur Abhaltung bestimmter schädlicher Erfolge wirkende Bedingung aufgestellt hat.« (S. 228 l. c.) »Allein damit nicht genug, setzt er ausserdem positive Bedingungen zum schädlichen Erfolg; oder aber er verursacht vom Erfolge abhaltende Bedingungen; oder endlich hindert er die Entstehung anderer den Erfolg abhaltender Bedingungen.« (S. 238. l. c.)

Der erste Satz dieser Antwort ist überflüssig und Binding gerät durch ihn in Widerspruch mit sich selbst. Es ist in diesem Satze mit Bezugnahme auf vorangehende Beispiele (Uebernahme des Richteramtes — eines Gefängnisswärterdienstes — einer Kindwärterinenstelle) behauptet, dass die fragliche Handlung vom Standpunkte des unter concreten Verhältnissen eingetretenen Erfolges aus nicht Verursachungshandlung sei, wobei »Verursachungshandlung« wieder einmal gleich »Setzen der Ursache« in des Wortes eigentlicher Bedeutung zu nehmen ist.

Um dies zu beweisen, verkehrt Binding den bereits eingenommenen Standpunkt und geht von einem durch die fragliche Handlung erst herbeizuführenden Erfolge aus. »Das Kind wäre in der Badebütte ertrunken, auch ohne dass die Wärterin zur Zeit wo dies geschah, das Wärteramt noch bei ihm gehabt hätte.« (S. 227. l. c.) Nemlich dann, — so muss man ergänzen — wenn die Uebernahme des Wärteramtes »Verursachungshandlung« d. h. Setzen der Ursache im engsten Sinne gewesen wäre, weil sie dann den beabsichtigten Erfolg unabweislich nach sich gezogen hätte. Da dies aber nicht der Fall ist, so ist sie nicht Ursache im engeren Sinne, sondern, wie Binding selbst ausdrücklich verlangt, (s. Satz 3 der cit. Stellen) bloss Setzen »von positiven Bedingungen zum verbrecherischen Erfolge, oder etc. . . . .«

Tritt aber jener schädliche Erfolg selbst ein, so ist sie vom Standpunkte desselben aus zum mindesten mit verursachend; — dann nemlich, wenn durch Vernichtung der in ihr gleichzeitig gesetzten negativen Bedingungen die durch sie herbeigeführten

positiven Bedingungen frei wurden. Dieses Setzen von positiven Bedingungen ist aber von gleichem Werte für den verursachenden Charakter der fraglichen Thätigkeit wie das Vernichten der negativen Bedingungen, da ja nach Binding selbst die Ursache die Summe aller hinwirkenden Bedingungen ist, und keines der Summenglieder fehlen darf, weil alle zu ihrer Herstellung gleich nötig sind.

Hat aber der Handelnde keine negativen Bedingungen gesetzt, indem er vorneherein nicht die Absicht hatte, die Wirksamkeit der von ihm herbeigeführten positiven Bedingungen zu hemmen, hat er also die Handlung dolose vorgenommen, dann, so sagt Binding (S. 240 l. c.) selbst: »setzt er die Ursache zu ihm — dem schädlichen Erfolge — schon im Momente der Uebernahme des Amtes oder der Stellung, soweit eben diese Ursache durch seine Thätigkeit zu Stande kommen soll.« Er erteilt somit derselben Handlung hier die Qualität, welche er ihr oben (S. 227 l. c.) auf das energischste abspricht, im vollsten Maasse wieder und elidirt so seine ganze Behauptung, die er ohnehin nicht bewiesen hatte.

Der zweite Satz der citirten Stelle und die sich an ihn knüpfende Ausführung ist das wichtigste für die Kritik, weil hier der Beweis erbracht werden soll, dass in der fraglichen Handlung, soferne sie mit rechtmässigem Wollen vorgenommen ist, eine für den Erfolg negative Bedingung gesetzt sei, und zugleich der Charakter dieser negativen Bedingung erläutert werden soll.

Binding geht davon aus, dass bei rechtmässiger Vornahme der fraglichen Handlung — Uebernahme des Amtes, Dienstes etc. etc. — der Handelnde ernstlich gewillt sein muss, im Sinne der Abwendung der Gefahr thätig zu werden. Man könne Zweifel hegen, »ob denn ein ernstlicher Entschluss dieses Inhalts, diese rein interne Thatsache als eine abhaltende Bedingung . . . betrachtet werden könne?« »Ja man muss gestehen, der Entschluss als solcher ist dazu unvermögend.« »Dem Entschlusse muss jedenfalls das nötige Wahrnehmungsvermögen zu Gebote stehen, die heraufziehende Gefahr zu erkennen und die nötige Kraft, um sie zu beschwören.« »Da aber der Schein so oft für Wahrheit genommen wird« . . . »so muss dem

Entschlossenen, falls er ein unkräftiger Wächter ist, wenigstens der Schein von Kraft beiwohnen.«

Nun liegt aber hier sogleich der Fehler vor, dass Binding in diesem letzten Passus von dem Individuum, welches in sich die negative Bedingung setzen und vernichten soll, abspringt, und auf die Individuen übergeht, gegen die jene negative Bedingung eventuell wirken soll. Der Schein einer Eigenschaft ist ja nicht das Vorhandensein der Eigenschaft in dem den Schein erregenden Körper, sondern nur eine irrige Annahme dritter von dieser Existenz, welche auf dem für den concreten Fall mangelhaften Wahrnehmungsvermögen dieser Dritten beruht. Wo liegt hier aber die negative Bedingung in Wirklichkeit? Doch offenbar in dem mangelhaften Wahrnehmungsvermögen derjenigen, welche durch dasselbe das Fehlen der nötigen Kraft und sohin das Fehlen einer im Wege stehenden negativen Bedingung bei dem Wächter nicht zu erkennen im Stande sind und also durch eine Eigenschaft ihrerseits an der Herbeiführung des Erfolges gehindert werden. Diese Fälle gehören sohin gar nicht hieher, da die negative Bedingung nicht auf Seiten dessen liegt, der, was Binding haben will, sie in sich selbst setzen und vernichten soll. Dieser Fehler zieht sich aber durch den ganzen hier behandelten Teil der Arbeit Binding's. Doch sehen wir hievon ab.

Binding sagt eben von der negativen Bedingung des weiteren: Der Entschluss allein genüge nicht hiezu, es müsse auch das nötige Wahrnehmungsvermögen und die nötige Kraft (oder doch der Schein der Kraft) vorhanden sein. Er spricht sohin dem Entschlusse die Bedingungsqualität ab und erklärt ihn also nur als Voraussetzung einer negativen Bedingung. Thut er dies aber beim Entschluss, so muss er notwendiger Weise auch bei dem Wahrnehmungsvermögen und der Kraft dasselbe thun, d. h. sie je als eine Voraussetzung für die negative Bedingung erklären. Sind sie aber einzeln nur Voraussetzungen der negativen Bedingung, so bleiben sie dies auch, so lange sie zwar gleichzeitig aber unvermittelt neben einander bestehen, denn dann ist eben jedes dieser drei Erfordernisse einzeln vorhanden.

Nun ist gewiss, dass der Entschluss, einer Gefahr zu begegnen, solange noch keine concrete drohende Gefahr erkannt wurde, nur ein genereller sein kann, nemlich der: allen künftig zu erkennenden Gefahren entgegenzutreten. Eine Vermittelung der drei Voraussetzungen aber kann ich mir in diesem Falle nicht anders denken als so, dass auf Grund jenes generellen Entschlusses das Wahrnehmungsvermögen angestrengt wird, um etwa drohende Gefahren zu erkennen; — dass dann, wenn eine concrete, drohende Gefahr erkannt wurde, der spezielle Entschluss gefasst wird, ihr zu begegnen mit den hiezu für geeignet erachteten Mitteln; — und dass endlich, was bleibt sonst Anderes übrig? — diesem speziellen Entschlusse entsprechend die nötige Kraft auch wirklich angewandt, geäussert wird. Erst in dieser Kraftäusserung liegt aber meiner Ansicht nach die negative Bedingung.

Wird die Kraft nicht geäussert, so haben wir: einmal das Wahrnehmungsvermögen, womit die Gefahr erkannt wurde — eine Voraussetzung; dann der Erkenntniss entsprechend den Entschluss, der Gefahr zu begegnen — zweite Voraussetzung; dann die nötige Kraft, diesen Entschluss auszuführen — dritte Voraussetzung. Die Kraft ist aber noch ruhend vorhanden, hat sich nicht dem Entschlusse entsprechend betheiligt; es fehlt sohin der nötige Abschluss zur Vermittelung der drei Voraussetzungen und sind also nur diese, nicht aber die negative Bedingung vorhanden.

So kömmt man denn auf Grund logischer Schlussfolgerung aus Binding's eigenen Thesen zum Gegenteile seiner Behauptung, die schon durch ihren inneren Widerspruch sehr kühn ist. Sie geht darauf hinaus, dass Voraussetzungen, die von ihm selbst als solche dargestellt werden, bereits das sind, was auf Grund derselben erst entstehen soll, dass die Factoren zu einem Product schon das Product selber sind.

In der der Unterlassung vorangehenden Handlung ist also noch keine negative Bedingung gesetzt, es bestehen höchstens die Voraussetzungen zu einer solchen und es kann sohin durch die Unterlassung auch keine negative Bedingung vernichtet werden.

Nur kurz sei mir hier etwas zu erwähnen gestattet: Binding hat wohl das Schwankende seiner Behauptung gefühlt und daher unter den angegebenen drei Voraussetzungen das Schwergewicht auf den Entschluss legen, ja diesem allein schon vielleicht die Qualität der negativen Bedingung zuerkennen wollen. Dies geht einmal daraus hervor, dass er bei der Kraft sich mit dem blossen Schein begnügt. Es zeigt sich weiter aus einer Stelle (S. 229 l. c.) wo es heisst: «Auch der altersschwach gewordene Hauswart ist immer noch ein Schutz des Hauses.« Bei diesem kann ich wenigstens nur den Entschluss, der Gefahr zu begegnen, für möglich halten, denn steht es bei wirklich altersschwachen Leuten schon mit dem Erkennungsvermögen meist sehr schlecht, so wird doch ganz sicher die Kraft und auch der Schein der Kraft fehlen. — Am meisten aber spricht hiefür folgender Passus (S. 259 l. c.): »Ganz irrelevant erscheint, ob bei der der »Unterlassung« vorausgehenden Handlung »Handlungsfähigkeit« vorhanden war oder nicht. Auch der Geistesgestörte, dem ein Wächteramt übertragen wird, stellt sich zur abhaltenden Bedingung auf!« Das wird ohne weiters einleuchten, dass Binding sich in diesem Beispiele für das Vorhandensein einer negativen Bedingung schon damit begnügt, dass in unzurechnungsfähigem Zustande, vielleicht ohne jedes Bewusstsein davon, durch Uebernahme des Wächteramtes ein Entschluss kundgegeben wurde, also eventuell nicht einmal ein wahrer Entschluss, sondern nur der Schein eines solchen vorhanden war! Das dürfte doch nicht ganz übereinstimmen mit den oben angeführten und von ihm selbst verlangten Voraussetzungen.

Wie sucht nun aber Binding den Beweis für seine Ansicht zu führen? Einmal mit dem Satze: »Wie viele tausend Pläne scheitern, weil ihr Urheber auf den Gegenwillen einer massgebenden Persönlichkeit zu stossen fürchtet! Wirkt nicht dieser Gegenwille auf die energischste Weise als abhaltende Bedingung?« (S. 230 l. c.)

Die Frage ist wohl nicht richtig gestellt. Sie soll wohl heissen: »Wirkt denn nicht die Furcht als abhaltende Bedingung?« Denn sonst müsste Binding behaupten, dass die

Furcht vor einem etwa sich äussernden Gegenwillen und das Vorhandensein eines solchen, zwei untrennbare Dinge seien. Er müsste aber weiter behaupten, dass ein Mensch einen Gegenwillen gegen Etwas äussern könne, was ihm nicht bekannt ist, weil es noch nicht existirt. Das unterbleibt ja gerade hier aus Furcht, was ein gegensätzliches Wollen hervorrufen könnte. So folgt denn aus diesem Satze nichts weiter, als dass die eigene Furchtsamkeit sehr häufig ein Hinderniss für die Unternehmungslust der Menschen ist, eine Wahrheit, die mit der zu beweisenden Thesis sehr wenig zu thun hat.

Der zweite Satz, der als Beweismittel in's Feld geführt wird, heisst: »Wie häufig hängt selbst das Zustandekommen des Verbrechens von einer bestimmten Willensrichtung des Angegriffenen oder eines Dritten ab.«

Hier liegt nun, wie aus den Beispielen sofort hervorgeht, der grosse Fehler vor, dass zwei ganz verschiedene Verhältnisse zusammengeworfen werden.

Einmal hat Binding das *volenti non fit injuria* im Auge (als Beispiele sind Diebstahl und Gefangenhaltung angeführt) also die Fälle, wo der von Seiten des Angreifenden aus verbrecherische Erfolg vom Angegriffenen nicht blos nicht gehindert, sondern geradezu gutgeheissen wird und deshalb — aber auch das nicht einmal immer — seine Verbrechensqualität verliert. Wie hier im Willen des Angegriffenen eine negative Bedingung für den Erfolg liegen soll, und das will ja doch bewiesen werden, entzieht sich der gewöhnlichen Einsicht.

Zum zweiten aber hat Binding jenen Fall im Auge, wo Jemand beschliesst, eine Anderen drohende Gefahr abzuwenden. »Oder aber ich beschliesse, der Gewalt Gewalt entgegenzusetzen: in demselben Augenblicke ist für den verbrecherischen Plan schon ein sehr bedenkliches Hinderniss entstanden: ja, verfüge ich über die erforderliche Macht und lasse ich meinen Entschluss nicht vielleicht wieder fallen, so ist jetzt schon entschieden, dass Diebstahl und Raub nicht bis zur Vollendung fortschreiten können.«

Der erste Teil dieser Periode ist nur eine einfache Wiederholung der zu beweisenden Behauptung, deren Schwäche im

zweiten Teil sofort in's Auge springt. Betrachten wir den Passus: »und lasse ich meinen Entschluss nicht vielleicht wieder fallen« — »sondern«, wird der unbefangene Leser ergänzen, führe ich ihn aus«, — »so ist es jetzt schon gewiss« etc. . . . Trotz des festesten Entschlusses eines Menschen, in den Gang der äusseren Verhältnisse verändernd einzugreifen, werden diese so lange ungestört ihren Verlauf nehmen, als jener Entschluss nicht realisirt wird. Dies könnte nur Jemand in Abrede stellen, der die Ansicht hat, dass wie der Glaube, so auch der feste Wille, der Entschluss an sich Berge versetzen könne. Es dürfte indess Eines wie das Andere sehr zweifelhaft sein.

Was ist dann aber im Falle des Binding'schen Beispiels die negative Bedingung gegen den schädlichen Erfolg. Doch erst die Thätigkeit, welche dem Entschlusse, denselben zu hindern, entsprechend vorgenommen wird.

Und was ist im Augenblicke, wo der Entschluss gefasst wird, gewiss? Dass der schädliche Erfolg nicht zu Stande kömmt, ganz sicher nicht. Denn, wenn nach Binding's eigenen Worten es schon ungewiss ist, ob der Entschluss überhaupt festgehalten wird, so ist doch noch ungewisser, ob er realisirt wird, weil ja hiebei ausser dem Wollen auch das Können in Frage kömmt. Wer aber wollte daraus, dass im Momente des Entschlusses die nötige Realisirungsmacht vorhanden ist, folgern, dass diese auch im Momente vorhanden sein müsse, wo der Entschluss realisirt werden soll? Ist es also im Zeitpunkte des Entschlusses, eine negative Bedingung gegen einen schädlichen Erfolg künftig zu setzen, überhaupt ungewiss, ob eine solche gesetzt wird, so kann doch in dem fraglichen Entschlusse selbst schon unmöglich eine negative Bedingung liegen.

Der Versuch Binding's, seine Thesis zu beweisen, dürfte daher wohl nicht gelungen sein. Ich glaube, dass er hiebei gerade das Gegenteil von dem dargethan hat, was er darthun wollte, und halte mich sohin für berechtigt zu sagen: »Damit also eine abhaltende Bedingung gegen einen verderblichen Erfolg entstehe, reicht es — nicht — aus, dass Jemand, der Einsicht und Kraft, seinem Eintritt zu begegnen, entweder wirklich besitzt, oder den Schein des Besitzes zu erwecken

weiss, beschliesst als abhaltende Bedingung nach dieser Richtung hin zu functioniren.« (cfr. diesen Satz II. S. 231 l. c.)

Es sei mir noch gestattet auf »das Wesen der Unterlassung selbst«, wie Binding dasselbe darstellt, einzugehen. »Sie (Feuerwächter, Bahnwärter, Gefängnisswärter) haben sich selbst als abhaltende Bedingung zwischen die Gefahr und die Gefährdeten geschoben; indem sie sich entschliessen, die ihrer Kraft gegen die Gefahr gegebene Richtung umzukehren, hören sie auf zu sein, was sie waren, vernichten sie sich selbst als den Erfolg abhaltende Bedingung.« . . . . »Die abhaltende Bedingung functionirt nicht als solche, weil ihre Functionsfähigkeit zerstört worden ist.» (S. 249, l. c.)

Sehen wir von dem oben erbrachten Nachweise ab, dass in der der Unterlassung vorausgehenden Handlung keine für den fraglichen Erfolg hemmende Bedingung gesetzt ist, und halten wir uns nur an Binding's eigene Worte. »Das Wesen der Unterlassung« besteht nach dieser Stelle darin, dass »sie sich selbst vernichten als den Erfolg abhaltende Bedingung.« Welches ist aber nach Binding die Natur dieser Bedingung? Worin besteht dieselbe? Im Entschluss, abhaltend zu wirken; im nötigen Wahrnehmungsvermögen, das abzuhaltende zu erkennen; in der nötigen Kraft, diesen Entschluss zu realisiren. (Den Schein der Kraft scheide ich als nicht hieher gehörig sofort aus.) Wollte nun ein Mensch die ihm innewohnende Kraft, sein Wahrnehmungs- und Willens-Vermögen vernichten, so könnte er dies meiner Ansicht nach nur durch einen Selbstmord zu Stande bringen, denn die einem Körper innewohnenden Eigenschaften können nicht von diesem abstrahirt und dann vernichtet werden. Davon soll aber hier nicht die Rede sein.

Nach Binding findet die Vernichtung statt »indem sie sich entschliessen, die ihrer Kraft gegen die Gefahr gegebene Richtung umzukehren.« Dieser Satz soll wohl anders lauten. Denn wie konnte der Kraft die Richtung gegen eine concrete Gefahr gegeben werden, die zur Zeit des Entschlusses, Gefahren zu hemmen, nicht vorhanden oder nicht erkannt war? Das aber soll ja gerade unterbleiben, dass der erkannten Gefahr begegnet wird, ihre Abhaltung soll unterlassen werden.

Wäre also z. B. gegen eine bereits erkannte Gefahr der Kraft die Richtung gegeben worden, so wäre die Abhaltung nicht unterblieben, denn eine Richtung gegen ein concretes Ziel kann man doch nur einer sich äussernden Kraft geben. Es läge hier somit eine Kraftäusserung gegen die Gefahr bereits vor, deren Fortsetzung unterlassen und deren vorhandenen Resultate wieder entfernt werden müssten, um die Gefährdung eintreten zu lassen. Fälle derart gehören aber nicht hieher.

Der fragliche Passus sollte daher wohl so heissen: »indem sie sich entschliessen, ihre Kraft gegen die Gefahr nicht zu richten« oder »es zu unterlassen ihrer Kraft gegen die Gefahr eine Richtung zu geben« oder endlich »indem sie den vorherigen Entschluss, ihre Kraft gegen eine eventuelle Gefahr zu richten, nunmehr aufgeben.« Und hiemit, mit dieser letzten Wendung, ist es uns gelungen, den Kern der Lehre Binding's von seiner mannigfachen Umhüllung befreit, zu erfassen.

Das Aufgeben des vorhergefassten Entschlusses, als dessen Folge die Unterlassung einer zur Gefahr gegensätzlichen Kraftäusserung erscheint, ist nach Binding das den Causalzusammenhang herstellende Moment. Dass das Aufgeben eines Entschlusses die Kraft und das Wahrnehmungsvermögen (d. h. die beiden anderen Binding'schen Glieder der negativen Bedingung) des betreffenden Menschen nicht im mindesten berührt, ist unbestreitbar. Das Aufgeben eines Entschlusses ist eben das Fassen des anderen Entschlusses, ein vom vorher beschlossenen Verhalten verschiedenes anzunehmen. Wir haben nur einen, in zeitlich verschiedener Thätigkeit des Gehirns sich abwickelnden Vorgang, dem eine Einwirkung auf die Aussenwelt nicht entspricht. Was dabei vernichtet werden soll, weiss ich wenigstens nicht.

Und dieser rein interne Vorgang, das Fassen und Fallenlassen von Entschlüssen, die nicht realisirt wurden, soll nach Binding den äussern, objectiven Causalzusammenhang zwischen dem dolosen Willen des Unterlassers und dem nicht gehinderten Erfolge herstellen. Dass aber Binding jenem Vorgang, als einem rein innerlichen, schon diese Bedeutung zuschreiben will, dafür sei nur folgende Stelle erwähnt: »Nicht erforderlich

ist stillschweigende oder ausdrückliche Erklärung dieses Entschlusses an Dritte oder an's Publikum.«

Binding selbst hat aber, wie ich glaube, das Ungenügende eines derartigen in der Aussenwelt nicht objectivirten, inneren Vorgangs und also die Unhaltbarkeit seiner Lehre recht gut gefühlt. Seine ganze Abhandlung zeigt uns das Bestreben, diesen Kern seiner Lehre zu verdecken, diesen innern Vorgang zu einem äusserlich realisirten zu machen, und ihm den Charakter der Vernichtung einer negativen Bedingung aufzuprägen. Darum nahm auch er die fehlerhafte Idee einer »Vernichtung« durch »Unterlassung« auf — fehlerhaft, weil sie eine augenscheinliche *contradictio in adjecto* enthält.[1]) Aus dem Gesichtspunkte erklären sich auch die mannigfachen Widersprüche, die ich bei Binding nachgewiesen zu haben glaube.

Nach dieser Lehre Binding's wäre aber auch eine culpose Verschuldung in den Fällen, welche ihr unterliegen sollen, nicht möglich. Wie nachgewiesen ist, besteht ja die strafbare Handlung im Aufgeben des früher gefassten Entschlusses. Nun kann man sich wohl culposer Weise in die Lage versetzen, einen Entschluss nicht ausführen zu können, damit ist aber der Entschluss selbst nicht aufgegeben, also keine strafbare Handlung begangen, und nie wird Jemand annehmen können und wollen, dass das Fassen und Aufgeben von Entschlüssen, als solches, d. h. das Denken fahrlässiger Weise erfolgen könne. Wie will nun Binding den Brückenwart einer schadhaften Brücke, der Wägen vom Passiren derselben abhalten soll, oder den Feuerwächter, der einen glimmenden Trümmerhaufen bewachen soll, verantwortlich machen, wenn diese mit dem festen Entschlusse, die Leute zu warnen und den Trümmerhaufen zu bewachen, einnicken, weil sie vermeinen, nicht so fest einzu-

[1]) Vernichtung ist ja die Aufhebung des Fortbestandes einer Erscheinungsform als solcher. Unterlassung dagegen ist Nichtbethätigung einer körperlichen Eigenschaft in einer dem Unterlassenden möglichen Weise. Vernichtung hat also die Existenz einer vorhandenen Erscheinungsform als aufzuhebendes Object. Bei der Unterlassung dagegen muss die Erscheinungsform und deren nicht bethätigte Eigenschaft vorhanden sein und vorhanden bleiben, wenn anders von Unterlassen gesprochen werden soll.

schlafen, als dass sie nicht eine eventuell drohende Gefahr zu erkennen vermöchten, und nun gleichwohl, während sie schlafen, ein Unglück geschieht?

Mit der Lehre Binding's fällt auch von selbst die von ihm gemachte Ausscheidung zwischen »Commissivdelicten durch Ommission« und Delicten, welche eine »Concurrenz zwischen schuldloser Verursachung und *culpa subsequens*« — warum nicht auch *dolus subsequens* . ? — aufweisen sollen.

Der ganze Unterschied zwischen den ersteren und den letzteren ist nach Binding der, dass bei diesen »die, den sogenannten Unterlassungsverbrechen charakteristische Vernichtung selbst gesetzter negativer Aequivalente für die positive Förderung eines Erfolges fehlt.« (S. 265. l. c.) Binding scheint sohin der Ansicht zu sein, dass der A., — es ist dies eines seiner Beispiele — gar nicht den Entschluss fassen kann, möglichst Acht zu geben auf ihm begegnende Menschen, und jeder Gefährdung dieser durch sein Pferd vorzubeugen. Gibt aber Binding diese wohl ganz unhaltbare Idee auf und gesteht er die Möglichkeit eines solchen Entschlusses zu, dann muss er diesem Entschlusse auch den Charakter eines selbstgesetzten negativen Aequivalents für die durch das Ausreiten erfolgte positive Förderung des Erfolges (Ueberreiten eines Kindes) zuerkennen. Dies halte ich wenigstens durch die Consequenz für geboten. Gibt dann der Reiter A. den von ihm gefassten Entschluss auf, so vernichtet er das negative Aequivalent, macht die positive Förderung frei und wird dadurch in verantwortlicher Weise causal für den Erfolg. Es ist sohin ganz der Thatbestand gegeben, den Binding für die »sogenannte Commissivdelicte« verlangt. Dies ist aber bei allen an der fraglichen Stelle von Binding angeführten Beispielen der Fall. Es ist sohin von Binding's eigenem Standpunkte aus nicht einzusehen, warum er diese Unterscheidung gemacht hat.

Ich muss nun noch auf eine andere Ausführung in Binding's Werk (II. S. 447 ff. l. c.) zu sprechen kommen, weil er durch diese in Widerspruch mit seiner hier kritisirten Lehrmeinung gerät und anderseits, auf sie gestützt, eine neue Lehrmeinung aufstellen könnte.

Binding behandelt in dieser Ausführung die eigentlichen Unterlassungsdelicte. Er geht hiebei von der, wie ich glaube, unrichtigen Ansicht aus, dass der Wille, als »das causale Moment« im Menschen nur auf ein Thun, nicht aber auf ein Nichtsthun gerichtet sein könnte. Er hat daher hier die Aufgabe, bei den eigentlichen Unterlassungsdelicten eine Thatseite herauszufinden.

Diese Aufgabe sucht er nun auf folgende Weise zu lösen: Man müsse sich, so sagt er, die Frage stellen, »ob überhaupt in der Unterlassung ein Handlungsmoment zu finden sei?« Nun gebe es von »Unterlassung« zwei ganz verschiedene Bedeutungen. Die eine beträfe den Fall, dass die »unterlassene« Handlung von einem bestimmten Menschen gar nicht vorgenommen werden konnte. Die unter diese Bedeutung zu subsumirenden Fälle seien aber auszuscheiden, weil bei ihnen eine »ungewollte Unterlassung« eine reine Unthätigkeit vorliege. — Diese Bedeutung hätte Binding nicht anführen müssen, weil sie einfach auf einem fehlerhaften Sprachgebrauche beruht, der dem wahren Sinne des Wortes Unterlassen widerspricht und daher ohne Belang für wissenschaftliche Deductionen ist. —

Die zweite Bedeutung — die, wie ich glaube einzig richtige — beträfe den Fall, dass Jemand in einer bestimmten Richtung thätig werden konnte, aber auf Grund eines diesbezüglichen Entschlusses nicht thätig wurde. »Ist denn aber das Wollen einer Unterlassung nicht ein Widerspruch in sich?« frägt nun Binding. »Der Wille . . . verursacht entweder den Eintritt oder aber den Nichteintritt einer Veränderung.« Das letztere »ist identisch mit einer Verstärkung der abhaltenden Bedingungen über das Kraftmaass der hinstrebenden hinaus, d. h. es fällt zusammen mit einer Hinderung des Erfolges.«

»Diese Hinderung ist entweder eine absolute und es wird durch sie der Eintritt des Erfolges unmöglich gemacht.« . . . — Als erläuterndes Beispiel führt hier Binding an, dass Jemand ermordet wird, damit eine Erbschaft nicht auf ihn übergehen kann. Dieser Fall gehört sohin gar nicht in diese Ausführung. —

»Oder aber es wird nur, entsprechend der Absicht, die Herbeiführung des Erfolges auf bestimmte Weise, etwa durch

dritte Personen gehindert.« — Beispiel »A hält den B von der Anzeige des Verbrechens zurück«, also ein Fall der auch mit dem Unterlassen nicht das Mindeste zu thun hat. —

»Oder endlich es hindert sich jemand selbst Urheber eines bestimmten Erfolges zu werden, unbekümmert darum, ob dieser vielleicht von anderer Seite realisirt wird.« »Möglicherweise ist dann seinerseits eine grosse Anzahl zum Erfolg wirkender Bedingungen gesetzt worden« — diese muss er dann vernichten und gehört sohin auch dieser Fall nicht hieher. — »Möglicherweise auch muss er nur darauf hinwirken, dass seinerseits keine solchen Bedingungen gesetzt werden.« — Hier haben wir erst den Fall eines eigentlichen Ommissivdelicts. — Reine Unthätigkeit kann hiezu nicht ausreichen, denn »jeder Hinderungswille muss sich dadurch realisiren, dass er vom Erfolge abhaltende Bedingungen von genügender Kraft setzt.« »Wer beschliesst, ein Verbrechen nicht anzuzeigen, realisirt diesen Willen dadurch, dass er anderweitige Handlungen vornimmt, deren Vornahme ihn an jener Anzeige hindert, mögen dieselben auch im Schlafen, oder im Abhalten von Gesellschaften oder in Veranstaltung einer Treibjagd bestehen.«

Der Irrtum dieser Sätze ist einleuchtend; es liegt eine völlige Misskennung des wahren Charakters der Ommissivdelicte vor. Es ist eine einfache Behauptung Binding's, dass da ein Hinderungswille vorhanden sei, wo nichts zu hindern ist. Das fehlt ja hier gerade, was allein zu hindern wäre, die Ausführung des einem Gebote entsprechenden Willens. Eben dieser Wille mangelt und an seiner Stelle ist der gegenteilige Wille da, dem Gebote nicht zu entsprechen. Das aber ist der ganze Inhalt der Ommissivdelicte, dass bewusster, willkürlicher Weise Geboten nicht entsprochen würde.

Welche Thätigkeiten von dem in Bezug auf das Gebot Unterlassenden vorgenommen wurden, und ob dabei die Absicht mit unterlief, sein weiches Gemüt zu betäuben, sich das Festhalten am Entschlusse zu erleichtern, hat für den Thatbestand des Ommissivdelictes nicht die mindeste Bedeutung. Und was will Binding mit den unendlich häufigeren Fällen thun, in denen dieses zufällige Accidenz nicht vorhanden ist, wo die

betreffenden Menschen keine Handlungen vornahmen, durch welche sie das Gebot zu erfüllen gehindert worden wären, auch wenn sie dies gewollt hätten? Nur solche Handlungen aber könnten hier allenfalls als wahre Hinderungshandlungen in Frage kommen.

Die zu Grunde liegende irrige, man darf wohl sagen, sophistische Schlussfolgerung Binding's, wird nun klar sein. Binding meint indess: »Somit dürfte das Handlungsmoment in diesen scheinbaren Unterlassungen klar gelegt sein: Es besteht in der Hinderung der Entstehung der Ursache für einen bestimmten Erfolg überhaupt oder in der Hinderung der Entstehung einer bestimmten Ursache für denselben, welche Hinderung stets nur durch positive Thätigkeit geschehen kann.«

Dieser Satz ist wohl nur irrtümlich so ausgefallen. Denn bei der »Hinderung der Entstehung einer Ursache für den Erfolg überhaupt« sowohl, als auch bei »der Hinderung der Entstehung einer bestimmten Ursache für denselben« ist, wie wir oben sahen, nach Binding's eigener Ausführung allerdings eine Thätigkeit sehr stark im Spiele, aber von einem Unterlassungsdelicte nichts zu bemerken. Der Fall dagegen, der hieher gehört hätte, nemlich, dass »Jemand sich selbst hindert Urheber eines bestimmten Erfolges zu werden«, ist hier gerade weggelassen worden.

Auf Grund der eben kritisirten Ausführungen kömmt Binding endlich zu folgendem Satze: »Wende ich mich jetzt zur verbotenen Unterlassung im Gegensatze zur verbotenen Handlung i. e. S., so gleichen sich beide darin, dass sie beide verursachen, was die Norm zu bewirken untersagt; sie unterscheiden sich dadurch, dass jene — (soll wohl heissen »diese«) — den Eintritt des verbotenen, diese — (wahrscheinlich »jene«) — den Nichteintritt des gebotenen Erfolges verursacht. Nicht aber lässt sich ihr Gegensatz so begreifen, dass jene — (»diese«) — verursacht, diese — (»jene«) nicht: sonst wäre Unterlassung keine Handlung.«

Nun hat Binding, wie ich gezeigt habe, in seiner Theorie über die Commissivdelicte durch Unterlassung das Schwergewicht auf das Aufgeben eines früher gefassten Entschlusses

gelegt und darin ein hinreichendes Handlungsmoment gesehen, um einer Unterlassung den Charakter der Causalität aufzuprägen.

Das Aufgeben eines Entschlusses, in einer bestimmten Richtung z. B. zur Abwendung eines Erfolges thätig zu werden, ist aber nichts anderes als das Fassen eines dem früheren entgegengesetzten Entschlusses, nemlich des Entschlusses, nunmehr in der vorgehabten Richtung nicht thätig zu werden. Es liegt also auch hier »das Wollen einer Unterlassung« vor, das nach Binding ein Widerspruch in sich selbst wäre, der nur dadurch zu lösen ist, dass man hier einen Hinderungswillen findet, welcher sich realisiren muss. Es sind genau dieselben Momente vorhanden, wie bei dem Entschlusse, nicht einem Gebote gemäss zu handeln.

Das wird Binding eben doch nicht behaupten wollen, dass die objective Natur des Entschlusses, in einer bestimmten Richtung unthätig zu bleiben, verschieden wäre je nach dem Ziele der unterlassenen Thätigkeit, d. h. je nachdem die Hinderung oder die Förderung eines Erfolgseintrittes erreicht werden sollte. Er muss es aber thun, wenn er den Widerspruch leugnen will, der darin liegt, dass er im ersten Falle sich mit dem einfachen Entschlusse begnügt, im zweiten Falle dagegen einen Hinderungswillen findet und dessen Objectivirung verlangt.

Darauf, ob früher der Entschluss gefasst war in der Richtung thätig zu werden, in welcher der Unterlassende nicht mehr thätig werden will, kann Binding kein Gewicht legen. Er hätte sonst auch bei den Ommissivdelicten die Fälle unterscheiden müssen, in denen früher ein dem Gebote entsprechender Entschluss vorlag, und die Fälle in denen von vorneherein der gegenteilige Entschluss vorhanden war. Bei den ersteren hätte er dann consequenter Weise ein genügendes Handlungsmoment im Aufgeben des früheren Entschlusses finden müssen. Wie er nemlich oben im Aufgeben des Entschlusses, den Eintritt eines verpönten Erfolges zu hindern, das Vernichten einer für diesen Erfolg negativen Bedingung sah, so hätte er hier analog im Aufgeben des Entschlusses für einen gebotenen Erfolg thätig zu werden, das Vernichten einer für denselben positiven Be-

dingung sehen müssen. Davon ist aber in der eben kritisirten Abhandlung nirgends die Rede.

Nun könnte aber Binding, und das muss ich noch darthun, mit Aufgabe seiner bisherigen Theorie bezüglich der »Commissivdelicte durch Unterlassung« auf Grund dieser Abhandlung von den »Ommissivdelicten« ganz leicht eine neue Theorie hierüber aufstellen.

Binding findet ja in dieser letzteren Abhandlung, dass im »Unterlassen überhaupt« ein »Handlungsmoment« liegt. Dieses »Handlungsmoment« besteht nach ihm bei den Ommissivdelicten darin, dass »Jemand sich selbst hindert die zum Frfolge hinwirkenden Bedingungen zu setzen.« Es wäre daher nur consequent, wenn Binding sagen würde, das »Handlungsmoment« könne auch das sein, dass Jemand sich selbst hindert die einen Erfolgseintritt abhaltenden Bedingungen zu setzen, also darin, dass er die Entstehung solcher Bedingungen hemmt. Dieser Hinderungswille musste sich aber ebenfalls realisiren, da »diese Sorge keine Bedingungen zu setzen, durch die blosse Unthätigkeit nicht erfüllt werden könnte.« Wie nun nach Binding's Ansicht bei der Unterlassung, einem Gebote nachzukommen, dieser Hinderungswille in der an Stelle der gebotenen Thätigkeit vorgenommenen Handlung sich realisirt, so würde er sich hier in der Handlung realisiren, die statt der Hinderung des Erfolgeintrittes vorgenommen wurde. Diese Handlung hätte also das Entstehen einer negativen Bedingung für den Erfolg gehemmt und wäre demnach durch sie eine positive Bedingung für diesen Erfolg gesetzt. Damit wäre dann die zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit nötige Causalität des Nichthindernden für den Erfolg erreicht.

Würde Binding mit Aufgabe seiner bisherigen Theorie über die Commissivdelicte durch Ommission eine derartige Lehre aufstellen, so wäre er zwar einerseits wieder im Einklang mit seinen, die reinen Ommissivdelicte betreffenden Ausführungen, anderseits aber würde er dann ganz den verfehlten Standpunkt einnehmen, auf welchen sich Luden in der ersten seiner diesbezüglichen Abhandlungen (Band I Seite 467 ff. l. c.) gestellt hatte; ein Standpunkt der von Krug sehr gut kritisirt worden ist. (cfr. oben § 2 und § 3.)

Die übrigen Stellen, an denen Binding in seinem citirten Werke vom Unterlassen spricht so in Band I S. 206 Band II S. 189, 129, 143, glaube ich nicht mehr heranziehen zu dürfen, da sie für die hier behandelte Frage nichts entscheidendes enthalten.

§ 12.

v. Buri's spätere Lehrmeinung.

(Beilageheft zum Gerichtssaal XXIX. 1878. »Verursachung und unterlassene Thätigkeit.« S. 93—142.)

In diesem Aufsatze gibt v. Buri zuerst eine Kritik des Binding'schen Ursachenbegriff's, nachdem er seine Ansicht kurz dahin ausspricht, dass alle Mitwirksamkeiten für einen Erfolg gleichwertig sind und jede Mitwirksamkeit den ganzen Erfolg verursacht. Damit hat v. Buri seinen früheren Ursachenbegriff nur schärfer präcisirt wiedergegeben (cfr. § 7. »Mit demselben Rechte lässt sich aber auch jede einzelne dieser Kräfte für sich allein schon als Ursache der Erscheinung betrachten.«)

Bei seiner Kritik geht v. Buri in einer von der meinigen ganz verschiedenen Weise zu Werke; es werden meine Ausführungen hiedurch nicht berührt und bleibt es bei dem von mir bereits (§ 7) gewonnenen Resultate.

An diese Kritik anschliessend hat dann v. Buri, wie er sagt, seine frühere Lehre über die Commissivdelicte durch Ommission ergänzt, wie ich glaube, ganz verändert aufgestellt.

Endlich wird nach Binding's dieses Problem betreffende Theorie kritisirt. Diese Kritik ist vom Standpunkte v. Buri's aus sehr gut, sie schlägt aber einen anderen Weg ein als meine Kritik hierüber, wenn auch in ihr auf Manches hingewiesen wird, was ich gleichfalls angegriffen habe.

Ich halte es nur für nötig v. Buri's eigene, neue Ansicht hier einer Betrachtung zu unterziehen. Er beginnt mit einer kurzen Erwähnung seiner früheren Theorie. (S. 109 l. c.) »Diese Causalität (die der Unterlassung) bestehe aber darin, dass er den Entschluss den Erfolg zu verhindern in sich selbst unterdrücke und hiemit eine den Erfolg abhaltende Kraft beseitige,

da der bestehen gebliebene Entschluss mit Notwendigkeit zu der entsprechenden Handlung, also zu der Verhinderung des Erfolges geführt haben würde — die erforderliche Kraft des Unterlassers vorausgesetzt.«

Hierauf erklärt v. Buri, dass dieses sein Prinzip für den Fall unzulänglich sei, dass der Unterlasser einen solchen Entschluss gar nicht gefasst hat oder lediglich »einem moralischen Gebote« oder »einer ihm obliegenden civilrechtlichen Pflicht« zuwider den Erfolg nicht abwandte.

»Es bedarf also in dieser Richtung einer Ergänzung des Prinzips.«

Diese Ergänzung findet v. Buri in folgenden Sätzen: »Wer die ihm gesetzlich obliegende Pflicht einen drohenden Erfolg zu verhindern nicht erfüllt, hat den Erfolg verursacht und wird darum für denselben strafrechtlich verantwortlich.« Eine solche gesetzliche Pflicht obliegt aber auch dem, »der es durch seine Handlung, sei es auch ohne alle Verschuldung verursacht hat, dass der Eintritt eines Erfolges droht.« »Es hat die vorausgehende fördernde Handlung nur die Bedeutung einer Quelle, aus welcher die gesetzliche Pflicht entspringt und verliert für die Causalität der Unterlassung jede Bedeutung, wenn diese Pflicht anderweit vom Gesetze auferlegt ist.« »Das moralische Gebot, Andere vor Unheil zu schützen und die aus einem Vertrage entsprungene Pflicht zur Verhinderung eines Erfolges können einem gesetzlichen Gebote nicht als gleichstehend erachtet werden.«

Und warum? Weil Beiden »das Individuum rechtlich mit seinem freien Willen gegenüber steht,« d. h. weil das Strafrecht dafür, ob diesen Pflichten entsprochen wird oder nicht, keine strafrechtliche Verantwortlichkeit statuirt. »Er (der Mensch) kann diese Aufforderung (die aus solchen Pflichten entspringt) ganz unbeachtet lassen, und wenn er sich derselben entsprechend entschliesst, so geschieht dies stets mit dem stillschweigenden, in der Natur der Sache gelegenen Vorbehalt, dass er, wenn es ihm später so gefallen sollte, den Entschluss nicht ausführen werde. Darum lässt sich aber auch nicht behaupten, dass einem solchen Entschlusse unter allen Umständen die ent-

sprechende, verhindernde Thätigkeit gefolgt sein würde, dass also die Nichthinderung, beziehungsweise die Unterdrückung des bereits gefassten Entschlusses ursachlich sei.«

Es wird hier nicht nötig sein eine ausführliche Kritik zu üben. Es geht ja aus v. Buri's eigenen Worten schon mit aller Klarheit hervor, dass er den Boden des objectiven Causalzusammenhanges gänzlich verlassen hat. Der Versuch, den v. Buri macht, nicht bloss dem Fallenlassen von Entschlüssen, die einer gesetzlichen Pflicht zu handeln entsprachen, sondern schon dem blossen Nichtfassen solcher den Charakter objectiver Causalität aufprägen zu wollen, ist unnötig, weil unmöglich. Denn das wird v. Buri selbst nicht vertreten wollen, dass eine dem menschlichen Verhalten subjectiv zukommende Eigenschaft irgendwie von Einfluss auf den objektiven Wert desselben sein könne.

Geradezu unglücklich darf man aber, nachdem alles Gewicht für die Strafbarkeit der Unterlassung auf die subjective Eigenschaft der Pflichtwidrigkeit gelegt wurde, den weiteren Versuch bezeichnen, aus der durch die Art der verletzten Pflicht sich ergebenden Verschiedenheit dieser subjectiven Eigenschaft der Pflichtwidrigkeit einen objectiven Grund für die Strafbarkeit des einen pflichtwidrigen Verhaltens und die Straffreiheit des andern herleiten zu wollen.

Als die jetzige Lehre v. Buri's bleibt meiner Ansicht nach Folgendes: Eine Unterlassung macht, weil sie als solche eine gesetzliche Pflicht zu handeln verletzt, strafrechtlich verantwortlich; und nicht desshalb, weil sie causal ist für einen rechtswidrigen Erfolg. v. Buri steht daher, wie er selbst es auch ausdrücklich erklärt (S. 111. l. c) auf dem Standpunkte Feuerbach's, welchen er nur insoferne erweitert, als er auch eventuell gefährdenden Handlungen den Charakter einer Quelle gesetzlicher Pflichten zuerkennt. Es ist dies allerdings die einfachste Art so zu verfahren. Der Unterlassende ist aber dann immer nur als solcher, als Pflichtverletzer, nicht aber wegen Herbeiführung des schädlichen Erfolges strafbar, man kömmt bei dieser Ansicht sohin nie über den Kreis der eigentlichen Ommissivdelicte hinaus.

Auf einem ähnlichen Standpunkte wie v. Buri steht auch noch Schwarze in seinem Commentare zum Reichsstrafgesetzbuch (S. 49 f.) »Die Haftpflicht (für den Erfolg) fliesst viel mehr aus der mit Vornahme der Handlung eintretenden Verpflichtung, sie so vorzunehmen, dass sie andern nicht schädlich wird und rechtsverletzende Erfolge einer an sich straflosen Handlung selbst dann abzuwenden, wenn sie bei der Vornahme nicht vorauszusehen waren.« Die Nichtabwendung begründe zunächst die äussere Zurechnung, weil der schädliche Erfolg durch die vorangehende Handlung verursacht worden sei.

Das ist nun unrichtig geschlossen; die Nichtabwendung als solche hat zum Erfolge nichts gethan, steht daher auch nicht im objectiven Causalzusammenhang, der Erfolg aber ist nach Schwarzes eigenen Worten bloss durch die vorangehende Handlung herbeigeführt. Mithin kann die Nichtabwendung auch keine äussere Zurechnung begründen.

»Mit dieser Wendung der äusseren Verhältnisse (dem Erkennen der drohenden Gefahr), tritt an den Thäter die Mahnung heran, dass er handeln müsse. . . .« »Diese Unterlassung begründet die Schuld.«

Also ist es auch hier lediglich der pflichtverletzende Charakter der Unterlassung, was die Schuld herstellt.

Es erübrigt mir hier nur noch zu bemerken, dass die Lehren von Krug, Glaser, Merkel, v. Bar, v. Buri, Ortmann und Binding von der Grundidee ausgehen, dass in jener der Unterlassung vorausgehenden Handlung eine auf den nichtgehinderten Erfolg hinwirkende Bedingung gesetzt sei. Ein stricter Beweis hiefür wurde aber von Keinem erbracht und werde ich an geeigneter Stelle zeigen, dass hierin der gemeinsame Angriffspunkt für alle diese Lehren liegt und sie auch alle schon hieran scheitern.

II. Teil.

Dogmatische Entwicklung.

§ 13.

Erfolg, Bedingung, Ursache.

In der Einleitung habe ich gezeigt, dass ein Hauptteil des Strafrechtes die Verpönung von Erfolgen zum Inhalt hat, welche vom Staate als schädlich anerkannt sind.

Es ist selbstverständlich, dass hier nur äusserliche, d. h. sinnlich wahrnehmbare Erfolge in Frage kommen können: denn nur was sinnlich wahrnehmbar ist, kann auf sinnliche Wesen von Einfluss sein, von ihnen erkannt und wenn sie das nötige Wahrnehmungsvermögen besitzen, beurteilt werden.

Ein Erfolg ist nun, wie schon der Name sagt, etwas Hervorgebrachtes, also als sinnlich Wahrnehmbares eine neu hervorgerufene Erscheinungsform. »Neue« Erscheinungsformen können aber nur auf Grund bereits vorhandener, »alter« Erscheinungsformen entstehen; denn aus Nichts kann nicht Etwas werden.

So darf man also mit Recht, wie es auch in der Einleitung geschehen ist, Erfolg definiren als die Veränderung eines bis zu seinem, des Erfolges, Eintritt bestehenden Zustandes der Aussenwelt. Eine solche Veränderung kann jedoch offenbar nur durch eine äusserliche Einwirkung auf diesen Zustand entstehen, und jede Wirkung oder Einwirkung hinwiederum setzt mit absoluter Notwendigkeit eine wirkende Kraft voraus.

6

Wir müssen daher sagen: Damit eine Veränderung eines bestehenden Zustandes der Aussenwelt stattfinden kann, müssen die hiezu nötigen Kräfte in der Richtung auf den zu ändernden Zustand geäussert werden. Die Kräfte sind also in ihrer Aeusserung die auf diese Veränderung, auf den Erfolg hinwirkenden Bedingungen oder die positiven Bedingungen für denselben.

Umgekehrt liegt auch dem Bestehen eines Zustandes mit absoluter Notwendigkeit eine Kraftäusserung zu Grunde. Es müssen, damit ein Zustand bestehen könne, gewisse Kräfte wirksam sein zur Abhaltung Alles dessen, was eben dem Bestehen dieses Zustandes feindlich ist, oder mit anderen Worten, es muss eine Gegenwirkung da sein gegen jede eine Veränderung herbeizuführen bestrebte Einwirkung. Kräfte, welche in dieser Weise thätig sind, haben die Natur einer abhaltenden, einer negativen Bedingung für eine Veränderung, einen Erfolg.

Nun ist aber absolut unmöglich, dass Kraft und Stoff von einander getrennt bestehen und man muss also für das Wirken einer Kraft einen Körper annehmen, von dem diese Wirksamkeit ausgeht. Damit nun ein Körper eine Kraft äussere, muss notwendig eine Veranlassung hiezu vorhanden sein. Diese Veranlassung ist sohin die Voraussetzung der betreffenden Kraftäusserung.

Betrachten wir nun die Voraussetzungen, unter denen die verschiedenen Körper ihre Kräfte äussern, so werden sich zwei Gruppen ergeben:

»Willkürlich« geäusserte Kräfte und »unwillkürlich« geäusserte.

Dem entsprechend teilen sich dann auch die Bedingungen für oder gegen einen Erfolg ein.

Unwillkürlich nenne ich alle jene Kraftäusserungen oder Bedingungen, welche einmal in den allen Körpern innewohnenden chemischen oder physikalischen Eigenschaften und ausserdem bei den organischen Wesen in jenen physiologischen Functionen beruhen, aus welchen sich ihre Entwickelung und ihr Bestehen als Organismen aufbaut. Diese Eigenschaften bewirken, dass ein bestimmter Körper unter einer bestimmten Einwirkung von

Aussen her mit absoluter Notwendigkeit ein bestimmtes Verhalten annehmen muss, nach den unabänderlichen Gesetzen der Natur, dass also diese Kraftäusserung eine notwendige, unwillkürliche ist.

Wenn wir nun wissen, dass einem Körper die Eigenschaft innewohnt, auf eine bestimmte äussere Einwirkung hin absolut notwendig eine bestimmte Gegenwirkung in der Weise hervorzubringen, dass die wirkende Kraft in ihrer Wirksamkeit durch die entgegenwirkende gehemmt wird, so können wir jenen Körper schlechthin als negative Bedingung gegen einen Erfolg bezeichnen, der diese einwirkende Kraft als positive Bedingung zur Voraussetzung hat.[1]) Ebenso können wir auch den Körper als positive Bedingung für einen Erfolg bezeichnen, von dem in einer gewissen Lage eine für den Frfolg nötige Kraftäusserung ausgehen muss.[2]) Immer aber ist diese Bezeichnung nur figürlich, die Bedingung liegt erst in der betreffenden Kraftäusserung.

Willkürlich dagegen sind meiner Ansicht nach diejenigen Kraftäusserungen oder Bedingungen zu nennen, welche einer vom Körper, von dem sie ausgehen, sich selbst gegebenen Verhaltungsregel entsprechen, also nicht in einfachen, nach physikalischen, chemischen oder physiologischen Gesetzen absolut notwendigen Reaktionen desselben bestehen, die nur auf bestimmte Einwirkungen hin, diesen gegenüber aber immer erfolgen.

Damit jedoch ein Körper sein Verhalten so zu sagen selbst bestimmen könne, ist es nötig, dass zwischen den Einwirkungen von Aussen respective deren Empfindung und dem Bestreben des Körpers, Kräfte zu äussern, als vermittelndes Glied eine innerliche Thätigkeit liege, der entsprechend dann die Kraftäusserungen erfolgen.

Eine solche innerliche Thätigkeit kann selbstverständlich nur bei organischen Körpern vorkommen. Das Bestreben dieser Körper, gewisse Kraftäusserungen vorzunehmen, beruht in den

[1]) z. B. Ein breiter, tiefer Fluss für das Durchschwimmen, eine hohe und dicke Mauer für das Uebersteigen oder Durchbrechen.

[2]) Explosionskörper für das Zersprengen einer Mauer; ein grosser Felsblock für das Zerschmettern eines Gegenstandes etc. etc.

Bedürfnissen, die sie haben. Diese ergeben sich hinwiederum aus den physiologischen Gesetzen, denen der einzelne Organismus unterworfen ist und den jeweiligen ihn umgebenden äusseren Verhältnissen, unter denen er bestehen soll.

Die Vornahme von Kraftäusserungen bei organischen Körpern ist sohin der Ausdruck ihres Strebens nach Bedürfnissbefriedigung.

Soll nun eine Vermittlung zwischen diesem Streben und den von Aussen her erfolgenden Einwirkungen statthaben, so kann diese nur darin bestehen, dass durch die Thätigkeit eines und desselben Organs einerseits auf Grund der Empfindung äusserer Einwirkungen eine gewisse Vorstellung von den Gegenständen, von welchen die Einwirkungen ausgehen, erzeugt wird, anderseits die empfundenen Bedürfnisse zum Bewusstsein kommen, und endlich beide Factoren in Einklang gebracht werden. Ein solches Organ muss sohin ein Centralorgan für das Empfindungsvermögen des betreffenden Körpers sein. Die Thätigkeit, welche es entfaltet, nennt man das Denken, das Reflectiren.

Willkürliche Bedingungen zu setzen kömmt sohin nur einem Körper zu, der ein solches reflexionsfähiges Centralorgan hat, also vor Allem dem Menschen. Dieser muss daher, um eine willkürliche Kraftäusserung vorzunehmen, ausser Empfindungsvermögen und Kraft, auch noch Reflexionsvermögen besitzen.

Je nachdem das Empfindungsvermögen ein mehr oder weniger scharfes und richtiges ist, werden eine grössere oder geringere Menge von Eindrücken dem menschlichen Gehirne so übermittelt, dass dort durch Zusammenfassen und Differenziren derselben eine dem Wesen ihrer Ausgangspunkte mehr oder minder nahe kommende Vorstellung erzeugt wird. Ist nun der Mensch auf diese Weise zu Vorstellungen gelangt, so kann er vermöge seines mehr oder minder entwickelten Reflexionsvermögens einen grösseren oder geringeren Teil der erhaltenen Vorstellungen zu einer mehr oder minder richtigen Combination zusammenfassen; d. h. er wird im Stande sein mehr oder minder richtig die Beziehung zu erkennen, in der die Gegenstände, deren Vorstellung er hat, untereinander stehen,

sowie ihre Entwicklung und Weiterbildung und die Kräfte und Eigenschaften, die ihnen innewohnen. Dies wird er dann in Zusammenhang bringen mit seinem Streben nach Bedürfnissbefriedigung, seinem Wollen. Je nachdem dann die einzelnen Bedürfnisse mehr oder minder dringend empfunden werden und nach jener gemachten Combination mehr oder minder leicht zu befriedigen erscheinen, wird sich im Menschen der Entschluss bilden, einem oder mehreren dieser Bedürfnisse zu genügen, d. h. ein dem entsprechendes Verhalten anzunehmen.

Dieser Entschluss kann dahin gehen, gewissen Vorgängen der Aussenwelt gegenüber sich persönlich passiv zu verhalten oder dahin, Kraftäusserungen vorzunehmen, respective für oder gegen den Erfolg thätig zu werden, dessen Herbeiführung oder Abwendung den Bedürfnissen am meisten zu entsprechen scheint.

Dieser Entschluss, dieser aus dem allgemeinen Wollen losgelöste und durch den Factor der Reflexion auf ein bestimmtes Ziel gerichtete spezielle Wille, ist nun jene vom Menschen sich selbst gegebene Verhaltungsregel; die ihm entsprechende Kraftäusserung, also die willkürliche positive oder negative Bedingung für einen Erfolg.[1])

Mit Bezugnahme auf einen Erfolg teilen sich die willkürlichen Kraftäusserungen oder Bedingungen in bewusst und in unbewusst wirkende. Unbewusst ist für einen Erfolg dann eine Bedingung wirksam, wenn der Mensch, von dem sie ausgeht, seinem Wahrnehmungs- und Reflexionsvermögen gemäss, für einen Erfolg anderer Art thätig zu sein glaubt, als für welchen er wirklich thätig ist.

Für eine bewusst erfolgende, willkürliche Bedingung sind daher folgende Voraussetzungen nötig:

I. Ein ungetrübtes Wahrnehmungs- und Reflexionsvermögen, durch welches man eine möglichst richtige Vorstellung

---

[1]) Im Gegensatz zum »Willen« ist dann »Wunsch« der Gedankengang, welcher in uns dadurch hervorgerufen wird, dass wir einerseits die Meinung gefasst haben, die Verwirklichung gewisser, irgendwie erlangter Vorstellungen würde unseren Bedürfnissen entsprechen, und dass wir anderseits das Bewusstsein haben, persönlich hierin nichts erreichen oder aus irgendwelchen Gründen überhaupt nicht thätig werden zu können.

der umgebenden äusseren Verhältnisse erlangt; in Folge davon man, sobald sich das Bedürfniss geltend macht in die Aussenwelt verändernd einzugreifen, die Erfolge, für oder gegen welche man thätig sein will, in ihren verschiedenen Beziehungen erkennt, und endlich die Möglichkeit beurteilen kann, ob und durch welche Kraftäusserungen das Gewollte direct oder indirect zu erreichen sei.

II. Im Anschlusse daran der Entschluss in der entsprechenden Weise thätig zu werden.

III. Die nötige Kraft um diesen Entschluss zu realisiren.

In der einem solchen Entschlusse entsprechenden Kraftäusserung selbst liegt dann die bewusste, willkürliche Bedingung für oder gegen einen Erfolg.

Aus dieser Ausführung geht wie ich glaube unabweislich hervor, dass von einer bewussten, willkürlichen Bedingung nur als von etwas Relativem die Rede sein kann, da sie abhängt von den concreten äusseren Verhältnissen, unter denen der Mensch sie setzen soll, und der concreten Beschaffenheit des Menschen selbst in jenem Zeitpunkt. Man kann daher nicht, wie bei den unwillkürlichen Bedingungen den betreffenden Körper, so auch hier irgend einen Menschen schlechthin als Bedingung für oder gegen einen Erfolg bezeichnen.

Dass nun zu einem Erfolge immer eine grössere oder geringere Anzahl von Bedingungen zusammenwirken müssen, ist gewiss. Was lässt sich aber als Ursache für einen Erfolg bezeichnen?

Selbstverständlich kann nur das Ursache für einen Erfolg sein, was auch Bedingung für denselben ist. Sieht man nun ab von irgend welchen concreten Verhältnissen, unter denen ein bestimmter Erfolg herbeigeführt werden soll, so wird man finden, dass jeder Erfolg eine Bedingung als absolut notwendige Voraussetzung hat, die immer vorhanden sein muss, wenn er eintreten soll und die, wenn sie vorhanden ist, den Erfolg unabweislich nach sich zieht. Diese ist die Ursache im abstracten eigentlichen Sinne. Sie ist also das Glied in der Kette der zu einem Erfolge zusammenwirkenden Bedingungen, welches nie fehlen kann und darf, wenn der Erfolg eintreten soll,

während die übrigen Glieder dieser Kette nach Quantität und Qualität verschieden sein können und verschieden sein müssen den concreten Verhältnissen gemäss.

Wenn wir dagegen vom Standpunkte eines bestimmten, unter bestimmten concreten Verhältnissen herbeigeführten Erfolges ausgehen, so erscheint als Ursache der Complex von Bedingungen, welche zum Erfolge zusammenwirkten. Dieser Complex von Bedingungen erscheint gewissermassen als ein Ganzes, da die Ursache im eigentlichen Sinne nur durch das Zusammenwirken der übrigen Bedingungen unter diesen concreten Verhältnissen sich ergeben konnte, die andern Bedingungen aber nur, weil die Ursache im eigentlichen Sinne ihr Schlussglied bildete, von dem Erfolge, auf welchen sie abzielten, gekrönt wurden. Jede einzelne der Bedingungen ist dann zur Ursache für den Erfolg mitwirkend, ursächlich, causal.

Nimmt man Bedingung in dem von mir ausgeführten Sinne, so wird man auch bei Betrachtung der Ursache eines concreten Erfolges nicht auf den »Zusammenhang aller Dinge in der Welt« kommen, wie v. Bar fürchtet, sondern einen abgegrenzten Kreis verschiedener Kraftäusserungen erhalten, denn nur diese und ihre Veranlassung, nicht aber der Existenzgrund der Körper von denen sie ausgehen, sind hier in Betracht zu ziehen.[1])

§ 14.

Die Causalität des Menschen und das Strafrecht.

Wenn wir nun von dem bisher gewonnenen Resultate aus, auf die Mitwirksamkeit des Menschen für Erfolge, also auch

---

[1]) So kann also die Erzeugung eines Gegenstandes, von welchem eine für einen bestimmten Erfolg dienende Kraftäusserung zu erwerben ist, sobald derselbe in eine gewisse Lage kommt, nicht als das Setzen einer Bedingung für jenen Erfolg betrachtet werden. Man könnte sie höchstens als Vorbereitungshandlung hiezu bezeichnen, wenn dabei die Absicht vorlag, den erzeugten Körper für den fraglichen Erfolg zu verwenden. Eine Bedingung aber läge erst in der Kraftäusserung, durch welche der erzeugte Körper in die Lage gebracht würde, in der von ihm eine für den Erfolg nötige Kraftäusserung entweder unmittelbar oder mittelbar — d. h. durch Hinzutreten anderer gehoffter Umstände erfolgen muss. —

strafrechtlich ahndbare, eingehen, so dürfen wir wohl den Satz als unbestreitbar aufstellen, dass der Mensch durch seine Kraftäusserung allein sehr häufig nicht die Ursache für einen von ihm beabsichtigten Erfolg setzen kann. Seine Thätigkeit wird sich vielmehr zumeist darauf beschränken, dass er Kraftäusserungen, die auf den von ihm gewollten Erfolg hinwirken, unterstützt, indem er sie vermehrt oder ihnen entgegenstehende Hemmnisse beseitigt, oder darauf, dass er bereits in anderer Richtung erfolgenden Kraftäusserungen die Richtung auf den Erfolg hin gibt, oder endlich darauf, dass er Kraftäusserungen in der Richtung auf den Erfolg erst hervorruft, respective durch seine Thätigkeit die Möglichkeit veranstaltet, dass solche Kraftäusserungen sich ergeben.

Der Mensch wird also fast immer nur dadurch causal für einen Erfolg, d. h. in den Causalnexus desselben treten, dass er bewusste, willkürliche Bedingungen für denselben setzt, und so gewissermassen als Mitthäter oder Anstifter, anderer unwillkürlich und unbewusst wirkender Bedingungen erscheint.

Hat aber der Mensch seinen auf die Herbeiführung eines vom Staate verpönten Erfolges gerichteten Willen durch das Setzen einer objectiv auf diesen Erfolg abzielenden Bedingung verkörpert, dann begründet sein Verhalten, gleichviel ob der Erfolg eintrat oder nicht, strafrechtliche Verantwortlichkeit. Denn, wie ich schon in der Einleitung betont habe, geht das Strafrecht nicht so zu Werke, dass es das eine Mal den Menschen seines Verhaltens wegen verantwortlich macht, — so bei den Ommissivdelicten i. e. S., bei den Polizeivergehen und einem grossen Teil der Uebertretungen — das andere Mal aber wegen des Eintrittes eines schädlichen Erfolges, zu dem er in Causalzusammenhang stehen oder dessen »Urheber« er gewesen sein soll.

Meiner Ansicht nach zieht das Strafrecht dem Menschen immer nur seines Verhaltens wegen zur Rechenschaft. Bei der einen Art der Delicte aber liegt dann wieder der Grund der Strafbarkeit lediglich in der Pönalsanction des Gebotes, das der Mensch durch sein Verhalten verletzt hat, der Strafbarkeitsgrund ist hier ein formaler. Bei der anderen Art, den

Commissivdelicten, ist noch eine materiale Voraussetzung für die Strafbarkeit zu erfüllen, nemlich die, dass der Mensch bewusster willkürlicher Weise ein Verhalten annahm, welches subjectiv, wie objectiv zur Herbeiführung eines vom Staate verpönten Erfolges diente.

Um hier eine Strafbarkeit des betreffenden Menschen zu statuiren, muss daher nachgewiesen werden, dass der Betreffende bewusster, willkürlicher Weise, für einen strafrechtlich verpönten Erfolg Bedingungen gesetzt hat, welche denselben entweder unmittelbar oder mittelbar (d. h. schon durch sich selbst oder in Gemeinschaft mit andern sich an sie anreihenden Bedingungen) herbeigeführt haben oder doch geeignet waren, dies zu thun, woferne nicht ein ausser der Macht des Handelnden gelegener Umstand dazwischen getreten wäre. Je nach der Art des Resultates, welches jenem Verhalten des Menschen entspricht, wird sich sodann das Maass der Strafbarkeit bestimmen. Denn nur in seinen Objectivationen und den an diese sich anknüpfenden Folgen kann der zurechnungsfähige Einzelnwille verletzend erscheinen für den Gemeinwillen, welcher seine Objectivation in den Rechtsinstituten des Staates hat.

Die Grösse und Bedeutung der Verletzung wird sich daher aus der Art und Weise der Objectivation des Einzelnwillens und deren Folgen ergeben. Die Strafe aber, welche ihren Endzweck in der Wiederherstellung des normalen Verhältnisses zwischen dem Willen des Verletzenden und des Verletzten (des Gemeinwillens und des von diesem geschützten Einzelnen), welches in dem geordneten Verhältnisse der äusseren Sphären seinen Ausdruck findet, wie Merkel l. c. I. S. 59 sagt, muss sich nach der Art der Störung jenes Verhältnisses, nach der Grösse der Verletzung richten.

Durchaus nicht im Widerspruche mit meiner Ausführung steht es daher, wenn das Strafrecht die einzelnen als schädlich erachteten Erfolge verpönt, für diese die Strafen bestimmt, da sie ja die letzten beabsichtigten Resultate eines bestimmten menschlichen Verhaltens sind und so als die geeignetsten Repräsentanten desselben erscheinen, welches durch seine Beziehung zu ihnen als schädlich und deshalb strafbar anzusehen ist. So

ist denn meiner Ansicht nach mit der Vollendung implicite auch der Versuch eines Verbrechens bedroht.

Hiemit, ich weiss dies wohl, bin ich der allgemeinen Anschauung entgegengetreten, welche dahin geht, dass der Mensch nur, wegen seiner Causalität für einen eingetretenen Erfolg, nur in Bezug auf diesen vom Strafrechte zur Verantwortung gezogen würde.

Auf diesem Standpunkte befindet sich z. B. auch Binding der (in seinen Normen I S. 38. 39) sagt: »Es bestreben sich die Verbote gewisse Veränderungen in der Rechtswelt ferne zu halten. Der einfachste Weg zum Ziel ist es, wenn die Norm die Herbeiführung dieser Veränderung als solche verbietet.« »Die Normübertretung vollendet sich hier theoretisch immer erst mit dem Eintritte des Erfolges, welchen die Rechtsordnung nicht herbeigeführt haben will. Dass das positive Strafrecht diesen Vollendungspunkt in das Stadium des Versuches zurückschieben kann und dies zum öftern wirklich thut, ist bekannt.«

Das heisst also mit anderen Worten: Der Mensch ist nur dann strafbar, wenn von ihm ein vom Strafrechte verbotener Erfolg wirklich herbeigeführt wurde. Folglich ist er nicht strafbar für ein auf jenen Erfolg abzielendes Verhalten, wenn der Erfolg durch andere Umstände nicht eintrat, d. h. für den Versuch eines Verbrechens.

Die Bestrafung des Versuchs steht nach Binding's Ansicht sohin im Widerspruch mit dem Principe des Strafrechts, welches die Strafbarkeit des Versuches — offenbar aus kriminalpolitischen Gründen — statuiren »kann« und zwar dadurch, dass es »den Vollendungspunkt in's Stadium des Versuches zurückschiebt.« Um daher zur Strafbarkeit des Versuches zu gelangen, müsste das Strafrecht, nach Binding, zwei in ihrem objectiven Werte verschiedene Dinge: Vollendung und Versuch einander gleichsetzen, und käme dann auch mit sich selbst in Widerspruch, wenn es erklärt, der Versuch ist milder zu bestrafen, als das vollendete Verbrechen. Es läge dann des weiteren gegenüber der aus kriminalpolitischen Gründen statuirten Strafbarkeit des Versuchs eine gleichfalls aus kriminalpolitischen Gründen erfolgende Rückkehr zum Prinzip vor, wenn beim

freiwilligen Rücktritte vom Versuch oder der freiwilligen Abwendung des beabsichtigten Erfolges, die Straflosigkeit des Versuches angenommen wird.

Ich halte dem gegenüber daran fest, dass die Bestrafung des Versuches, wie ich oben ausführte, im Prinzip des Strafrechtes gelegen sei und die Straflosigkeit aus kriminalpolitischen, hinwiederum auch aus prinzipiellen Gründen statuirt werde. Aus kriminalpolitischen Gründen wird man dieselbe dann festsetzen, wenn die im Erfolge liegende Rechtsverletzung selbst so wenig schwer ist, dass die im Versuch liegende zu gering erscheint, um ihrethalben Strafe aufzuerlegen, oder wenn hiedurch an den sogenannten moralischen Factor im Menschen appellirt werden soll, d. h. dieser angetrieben werden soll eine schon begonnene verbrecherische Thätigkeit freiwillig auf zu geben, respective ihre nun mehr drohenden Folgen persönlich wieder abzuwenden. Aus prinzipiellen Gründen aber wird man dann Straflosigkeit annehmen, wenn die Fahrlässigkeit zum Thatbestande einer Rechtsverletzung gehört oder es ohne Belang für einen solchen Thatbestand ist, ob die betreffende Handlung dolos oder culpos vorgenommen wurde, denn ein fahrlässiger Versuch ist nicht denkbar.

Für diese meine Ansicht spricht auch das Verhalten der Gesetzgebung seit dem bekannten Art. 178 der C.-C.-C. Früher war weder im römischen noch im germanischen Rechte ein technischer Unterschied zwischen Versuch und Vollendung gemacht worden. Im R.R. wurden Thatbestandsmerkmale festgestellt, bei deren Vorhandensein die von der betreffenden lex bestimmte Strafe eintrat, so dass bald nur das, was wir heute Vollendung eines Delicts, bald auch bereits das, was wir Versuch nennen würden, mit Strafe bedroht war. Man braucht sich hier bloss an die lex Julia de adulteriis und an die lex Cornelia de sicariis zu erinnern. Bei den dem römischen Rechte eigentümlichen Privatdelicten, kam ohnehin der materielle Schaden, der verursacht war, vor Allem in Betracht. Der objective Charakter des germanischen Rechtes und sein Compositionensystem, war entschieden nicht geeignet, um eine Strafbarkeit von Versuchshandlungen herbeizuführen. Indessen finden

sich im älteren und späteren deutschen Rechte Thatbestände, die unserem Begriffe des Versuches angehören, als selbstständige strafbare Handlungen aufgeführt. Der art. 204 der Bambergensis, welcher wörtlich als art. 178 in der C.-C.-C. Aufnahme fand, enthält zuerst eine Gegenüberstellung von Versuch und Vollendung, allerdings, wie der Ausdruck »missethatt« bezeugt, mit der Einschränkung auf die peinlichen Delicte, und statuirt im Allgemeinen eine mildere Bestrafung des Versuchs. Sehr viele der neueren deutschen Gesetzgebungen hingegen erklären wieder den Versuch überhaupt für strafbar, aber für milder zu bestrafen als die Vollendung, so das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 im art. 57 ff., das württembergische St.-G.-B. im art. 61—73, das badensische St.-G.-B. art. 104—116, das darmstädtische St.-G.-B. 63—70, das hannoveranische St.-G.-B. in art. 36—38, das sächsische St.-G.-B. von 1838 in art. 26 und das sächsische St.-G.-B. von 1855 in art. 39, das thüringische in art. 22—23. Das österreichische Gesetzbuch von 1803 behandelte den Versuch als Milderungsgrund § 8—10 und § 264. Der code pénal art. 2 und 3 in der Fassung von 1832 dagegen stellte den Versuch der Verbrechen allgemein, den der Vergehen nur ausnahmsweise unter Strafe. Dem schloss sich das preussische St.-G.-B. von 1851 an (art. 33) »der Versuch eines Vergehens wird nur in den Fällen bestraft, in welchen die Gesetze dies ausdrücklich bestimmen« und ähnlich ist es im bayerischen St.-G.-B. von 1861 art. 48 »Der Versuch eines Verbrechens ist in allen Fällen, der Versuch eines Vergehens oder einer Uebertretung nur in jenen Fällen strafbar, in denen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt.« Mit Recht tadelt Berner an diesem Artikel des bayerischen St.-G.-B., dass es nicht folgerichtig sei, den Versuch einer Uebertretung zu strafen, wenn man den Versuch schon bei manchen Vergehen straflos lasse. Das deutsche Reichsstrafgesetzbuch hat sich im art. 43 genau an den vorerwähnten art. 33 des preussischen St.-G.-B. gehalten. Diese Ausnahmen beruhen, wie sich aus den Motiven zeigt, auf den oben erwähnten criminalpolitischen oder prinzipiellen Gründen, wie auch der § 46 den Ausschluss der Strafbarkeit aus criminalpolitischen Gründen statuirt.

Nimmt man aber an, dass der Versuch eines Verbrechens dem Prinzip des Strafrechtes gemäss nicht zu bestrafen ist, dann muss man auch vom Standpunkt des eingetretenen Erfolges aus die Straflosigkeit jener Handlungen behaupten, welche nicht Ursache für den Erfolg waren, sondern bloss Bedingungen. Der Versuch besteht ja darin, dass Bedingungen für einen Erfolg gesetzt wurden, die Ursache selbst aber nicht eintrat, nicht zu Stande kam. Wenn daher dem Versuche die prinzipielle Strafbarkeit abgesprochen wird, so wird sie überhaupt dem Setzen derjenigen Bedingungen abgesprochen, welche nicht »die Ursache« sind.

Die Anhänger dieser Ansicht müssen daher notwendiger Weise den Satz aufstellen: Der Mensch muss der Urheber eines verpönten Erfolges sein, d. h. die Ursache für einen solchen gesetzt haben, wenn er eines Commissivdelictes wegen gestraft werden soll. Nun fällt ihnen aber die Aufgabe zu, einen dem entsprechenden Causalitätsbegriff aufzustellen. Was die Resultate der diesbezüglichen Versuche sind, haben wir oben § 7 und § 8 gesehen, wo ich die Causalitätsbegriffe Ortmann's, Buri's, Binding's und Bar's kritisirte.

Sie alle, also auch Binding, der bedeutendste Repräsentant dieser Anschauung, sind eben nicht darüber hinausgekommen, dass der Mensch schon da causal und deshalb strafbar sei für einen Erfolg, wenn er eine Bedingung für denselben gesetzt hat. Diese »Bedingung« nennen sie, weil vom Menschen gesetzt, »Ursache« und kommen daher in die Lage, in einem völlig gleichen Verhalten eines Menschen einmal das Setzen der Ursache, das anderemal das Setzen einer Bedingung zu sehen. Dann nemlich, wenn der Betreffende für einen Erfolg thätig wurde in der Erwartung, dass sich an seine Thätigkeit noch andere für den Erfolg nötige Bedingungen anreihen würden, und dies das einemal auch geschah, das anderemal aus irgend welcher dem Betreffenden fremden Veranlassung unterblieb.

Dem gegenüber glaube ich umsomehr zu meiner Ansicht berechtigt zu sein und den Satz aufstellen zu dürfen: Der Mensch ist eines Commissivdelictes wegen dann strafbar, wenn

er bewusster willkürlicher Weise eine Bedingung für einen vom Staate verpönten Erfolg gesetzt hat.

Sind mehrere Menschen in dieser Weise für einen und denselben Erfolg thätig geworden, so erscheinen sie als Mitthäter, als Teilnehmer. Als Gehülfe dagegen erscheint der, welcher durch sein Verhalten es ermöglichte, dass ein Anderer für den verbrecherischen Erfolg thätig werden konnte.

§ 15.

Das concludente Unterlassen.

I. Theoretische Entwicklung.

Selbstverständlich ist es, dass eine Bedingung für einen Erfolg sehr häufig in einer Kraftäusserung — Reden, Zeichenmachen — liegt, durch welche ein Anderer zum Glauben an das Vorhandensein eines gewissen Zustandes oder zum Vertrauen auf ein gewisses Benehmen Seitens des durch Wort oder Zeichen sich Aeussernden veranlasst wird und nun in Folge davon ein Verhalten annimmt, durch welches er den beabsichtigten Erfolg ermöglicht.

Es ist nun weiter nicht zu bestreiten, dass das Vorhandensein gewisser Zustände der Aussenwelt, welche eine Voraussetzung für das Zusammenleben der Menschen bilden, solange angenommen wird, als nicht bestimmte Zeichen für eine Veränderung dieser Zustände gegeben sind. Ebenso werden auch gewisse Eigenschaften einzelner Gegenstände der Aussenwelt, welche entscheidend sind für das Wesen und den Gebrauch derselben, solange als vorhanden supponirt, als derjenige, dessen Disposition sie unterstehen und an den durch die Lage der Dinge die Aufforderung ergeht, sich diesbezüglich zu äussern, nicht das Fehlen dieser Eigenschaften constatirt.

Im Unterlassen des Zeichengebens für die Veränderung eines derartigen Zustandes und im Unterlassen der Angabe des Fehlens der vorauszusetzenden Eigenschaften liegt umgekehrt das Zeichen, dass jene Zustände noch so sind, wie angenommen wird, oder eine Zusage, dass die Eigenschaften vorhanden sind,

welche andere Menschen ihrem Verhalten gemäss als gegeben voraussetzen. Das fragliche Unterlassen erweckt also in Andern den Glauben an das Vorhandensein von Zuständen oder Eigenschaften, die nicht vorhanden sind, gleichwie eine positive zu diesem Zwecke vorgenommene Thätigkeit. Es ist daher nur das bequemere Surrogat für eine solche Thätigkeit, es ist ein concludentes Unterlassen.

Hiemit wird auch der Unterschied zwischen dem reinen und dem concludenten Unterlassen klar sein.

Das reine Unterlassen ist ein Nichthindern des Erfolges von Seiten dessen, der den Eintritt desselben erkannt hatte. Es betrifft sohin Handlungen, welche den Eintritt des Erfolges in den hiefür vorhandenen Bedingungen bekämpfen sollten.

Das concludente Unterlassen dagegen ist nicht ein Nichthindern des Erfolges von Seite des Unterlassenden. Es hat nicht Handlungen zum Gegenstande, welche den Erfolg in seinen bereits vorhandenen Bedingungen bekämpfen sollten. Es betrifft vielmehr Handlungen, welche die für den Erfolg bereits wirkenden Bedingungen unberührt lassen würden und nur die Kundgabe des Vorhandenseins resp. der Entstehungsmöglichkeit solcher Bedingungen an die eventuell Bedrohten bewirken sollten. Diesen bleibt es dann überlassen, das ihnen zur Vermeidung des schädlichen Erfolges gutdünkende zu thun.

Nur solange den Bedrohten die Abwendung möglich ist, kann daher von einem concludenten Unterlassen die Rede sein. Dasselbe ist aber dann nicht ein einfaches Wirken- oder Entstehenlassen von Bedingungen für einen Erfolg, sondern ist selbst das persönliche Setzen einer solchen. Denn durch dies persönliche Verhalten wird in Anderen der Irrtum erregt respective bestärkt, dass eine Gefährdungsmöglichkeit nicht gegeben sei, so dass dieselben durch diesen Irrtum veranlasst sind, die etwa ihrerseits noch nötigen, willkürlichen Bedingungen zum Erfolge unbewusster Weise zu setzen.

Auch dies wird wohl keinem Zweifel unterliegen, dass nur der ein concludentes Unterlassen begehen kann, der zu dem Zustande, um dessen Bestehen, oder zu dem Gegenstande, um dessen Eigenschaften es sich handelt, in einer solchen Beziehung

steht, dass man von ihm Kenntniss der wahren Sachlage und Aufklärung hierüber erwarten muss. Diese Beziehung nun kann darin bestehen, dass Jemand Anstalten, die der Coexistenz der Menschen angehören, in's Leben gerufen und dem Verkehre übergeben hat; — denn darin liegt die Behauptung ihres gefahrlosen Zustandes, die solange andauert, als der Betreffende diese Anstalten ohne ein Zeichen von der Veränderung ihres Zustandes dem Verkehre überlässt. Oder die Beziehung kann darin bestehen, dass Jemand vom Schöpfer solcher Anstalten diese Prästirung eines gefahrlosen Zustandes resp. die Abwendung der Gefährdung, die durch eine Veränderung dieses Zustandes eintreten könnte, sei es als verantwortlicher Beamte, sei es factisch übernommen hat. Das letztere ist dann der Fall, wenn der Betreffende erlaubter oder unerlaubter Weise seinerseits Veranstaltungen trifft, welche den Zustand jener ersten Anstalten in einer Dritte gefährdenden Weise momentan oder dauernd verändern.

In Bezug auf einzelne Gegenstände kann das Verschweigen des Mangels gewisser Eigenschaften, die für das Wesen oder den Gebrauch derselben entscheidend sind, nur von Seiten dessen ein concludentes sein, der jene Gegenstände im betreffenden Momente seiner factischen Disposition unterstellt hatte. Nur von diesem nimmt man ja an, dass er mit denselben vertraut sei, und liegt daher in seinem Schweigen die Bestätigung des Vorhandenseins der Eigenschaften, die Andere gemäss ihrem Verhalten ihm gegenüber ausdrücklich voraussetzen.

Damit ein concludentes Unterlassen vorliege, muss also:

I. eine derartige Beziehung zwischen dem Unterlassenden und den fraglichen Anstalten oder Gegenständen bestehen, dass sein Schweigen die Behauptung ihres gefahrlosen Zustandes oder des Vorhandenseins der vorausgesetzten Eigenschaften enthält, also die Behauptung, dass durch ihren Gebrauch oder ihre Aneignung keine Gefährdung der Interessen Dritter möglich ist.

II. Muss der Unterlassende die Veränderung jenes Zustandes, das Fehlen jener Eigenschaften erkannt haben.

III. Muss die Möglichkeit bestehen, dass sich die Dritten, durch die Warnung aufmerksam gemacht, der Gefährdung ihrer Interessen entziehen können.

IV. Muss der Betreffende die Möglichkeit haben die warnende Handlung vorzunehmen und, im Bewusstsein dieser Möglichkeit, dieselbe unterlassen.

Allerdings wurde das concludente Unterlassen von jeher berücksichtigt; man hat sich aber, wie mir scheint, die Natur desselben nicht klar gemacht, und desshalb viele Fälle, die sich mit dem concludenten Unterlassen einfach erledigen, in unser schwieriges Problem — reines Unterlassen d. h. persönlich neutrales Verhalten einem Erfolgseintritte gegenüber und Causalität für diesen — hereingezogen. Wir werden dies sogleich an den Beispielen hiefür sehen.

II. Beispiele.

Es möge hier eine Reihe von Fällen Platz finden, welche dazu dienen sollen, meine Theorie des concludenten Unterlassens zu erläutern und die unrichtige Auffassung derselben von Seiten anderer Schriftsteller darzuthun.

Niemand wohl wird es in Abrede stellen, dass bei den dem Verkehr übergebenen Strassen, Wegen, Eisenbahnen, Kanälen etc. etc. ein für die Passage gefahrloser Zustand derselben so lange vorausgesetzt werden darf und muss, als nicht Zeichen gegeben sind, dass dieser Zustand sich geändert habe.

Wer also, sei es berechtigt oder unberechtigt, auf diesen Verkehrswegen oder neben denselben Veranstaltungen trifft, Thätigkeiten vornimmt, welche die Passanten gefährden, oder, wer es übernommen hat für den gefahrlosen Zustand derselben zu sorgen und nun eine drohende Gefährdung erkannt hat, der hat, sobald er es unterlässt die entsprechenden Warnungszeichen zu geben oder aufzustellen, nicht bloss eine gefährdende Handlung begangen, sich nicht bloss pflichtwidrig benommen, nein, er hat durch sein Unterlassen, durch sein persönliches Verhalten Andere zum irrigen Glauben an die Gefahrlosigkeit der betreffenden Verkehrsanstalt gebracht und sie so veranlasst, sich der Gefahr,

die sie nicht kannten, auszusetzen. Er hat sohin eine bewusste, willkürliche Bedingung für den Erfolg durch sein persönliches Verhalten gesetzt und wird daher für dieses verantwortlich, sei es aus dolosem, sei es aus culposem Wollen hervorgegangen.

So dürfte sich ein überall angezogener und oft weitläufig erörterter Fall ziemlich einfach erklären lassen, nemlich der des Bahnwärters, welcher die Weichen irgendwie gestellt hat und sie später, wie er wusste, zu ändern unterlässt, oder der einen Felsblock auf den Schienen sieht, ihn aber nicht wegnimmt, und es zugleich unterlässt, ein Warnungszeichen zu geben oder aufzustellen.[1])

Durch den Antritt seines Amtes hatte der Bahnwärter von denen, welche diese Verkehrsanstalt in's Leben riefen und dem Verkehr übergaben, die Prästirung der Verkehrssicherheit auf einer gewissen Bahnstrecke übernommen. Dadurch, dass er es unterliess ein Warnungszeichen zu geben, gab er umgekehrt dem Locomotivführer das Zeichen, dass die Bahn auch auf dieser Stelle im ordnungsgemässen gefahrlosen Zustande sei. Dadurch wird der Locomotivführer veranlasst mit der gewöhnlichen Geschwindigkeit dahin zu fahren, so dass der Zug entgleisen muss. In diesem Unterlassen des Bahnwärters liegt sohin das persönliche Setzen einer positiven Bedingung für den schädlichen Erfolg; es ist ein concludentes Unterlassen.

Dasselbe dürfte auch der Fall sein beim Brückenwärter oder demjenigen, der denselben einige Zeit in seinem Dienste ablöst und die Wägen vor der schadhaften Brücke warnen will, dies aber dann unterlässt oder z. B. einschläft. (cfr. Binding II Seite 237.) Dem Brückenwärter hat die Gemeinde etc. etc., welche die Brücke herstellte und dem Verkehr eröffnete, die ihr zufallende Sicherung der Passage überlassen. Nun hat ein Dritter vom Brückenwart einer schadhaften Brücke das Amt auf kurze Zeit übernommen, ist auf diese Zeit an dessen Stelle getreten. Solange also von seiner Seite kein Warnungszeichen gegeben wird, müssen die Passanten annehmen, die Brücke sei

[1]) Luden, Krug, Glaser, Merkel, v. Bar, v. Buri, Ortmann und Binding führen diesen Fall, seine wahre Natur misskennend, als Musterbeispiel für Begehung eines Commissivdelicts durch reine Unterlassung an.

in ihrem ordnungsgemässen, passirfähigen Zustande. Sein Unterlassen ist sohin concludent.

Dasselbe ist von Steinhauern zu sagen, die in einem Steinbruch dicht an einer Landstrasse einen Block sprengen wollen. Ist ihnen das Sprengen des Blockes an dieser Stelle überhaupt erlaubt, so wird es ihnen nur unter der Bedingung erlaubt sein, die Strasse im Momente des Sprengens zu sperren, um eine Gefährdung etwaiger Passanten zu hindern. Würde dies nicht von ihnen gefordert, so wäre ja die betreffende Gemeindebehörde etc. etc. der diese Strasse untersteht, für den Schaden verantwortlich, weil sie die Strasse als eine gefahrfreie der Passage freilässt, während die Gefährdung möglich ist; d. h. es müsste dann eben die Gemeinde selbst für ein Warnungszeichen im geeigneten Momente sorgen. Das Unterlassen einer Warnung Seitens der Steinhauer ist sohin ein concludentes den Glauben der Passanten an die Gefahrlosigkeit der Strasse erregendes und hiedurch sind sie strafrechtlich verantwortlich. Gleichwohl hat Binding diesen Fall zu den Fällen des »reinen Unterlassens« gezählt und mit seiner Theorie zu erklären versucht.

Hieher gehören also auch die Fälle der auf einem Verkehrswege gegrabenen Grube, des auf einem solchen gelegten Selbstschusses, der dort gelegten Fuchsfalle etc. etc., oder das Offenlassen der Kellerluke in einem nicht bloss für den Besitzer frei zugänglichen Hause, ohne dass die entsprechende Warnung vorgenommen wurde.[1])

Dass nun dieses concludente Unterlassen (des Aufklärens über das Fehlen wesentlicher Eigenschaften eines Gegenstandes) eine Hauptrolle beim Betruge spielt, wird wohl keiner Aufklärung bedürfen.

Ich brauche bloss an Fälle zu erinnern, wie den Verkauf unächter Schmucksachen statt ächter an Jemanden, der die ausdrückliche Absicht gezeigt hat ächte Pretiosen zu erwerben, bei der Auswahl aber nach unächten greift und vom Verkäufer

[1]) Alle diese Fälle, namentlich aber der erste und letzte, wurden bei den oben kritisirten Schriftstellern verschiedentlich als Musterbeispiele für unsere Frage aufgeführt, in wie ferne man durch reines Unterlassen in den Causalnexus eines Erfolges treten, ein Commissivdelict begehen könne.

einfach in seinem Irrtume belassen wird. Oder es wählt Jemand beim Ankauf von Lotterieloosen eines heraus, das, wie der Verkäufer weiss, bereits mit einer Niete gezogen wurde, also kein Loos mehr ist und der Verkäufer klärt den Irrtum nicht auf.[1])

Mit dem concludenten Unterlassen dürften sich endlich auch folgende Fälle erklären, welche Binding (S. 260 Anmerk. l. c.) als Beispiele der Concurrenz von »schuldloser Verursachung und *culpa subsequens*« gibt. Der Schiffer, der bei Nebel mit Vorsichtsmassregeln rheinabwärts fährt und dann, wenn er ein anderes Schiff bemerkt, seines in der gegebenen Richtung forttreiben lässt, damit das andere sinke, gibt offenbar auch kein Warnungszeichen, denn sonst könnte das andere Schiff ablenken, und bestärkt sohin den Führer des anderen Schiffes in dem irrigen Glauben, freie Bahn vor sich zu haben.

Das Unterlassen einer noch möglichen Warnung an die Passanten von Seiten des Zimmergesellen, der bei einem Bau beschäftigt einen Balken fallen lässt, wäre gleichfalls ein concludentes; denn, solange kein Warnungsruf ertönt, kein warnendes Zeichen aufgestellt ist, müssen die Menschen glauben, dass sie sich gefahrlos in der Nähe des Baues bewegen können.

Der Chemiker, der ein Kind nicht hindert von den in seinem Privatzimmer niedergelegten giftigen Präparaten zu naschen, unterlässt sicher concludenter Weise das Kind zu warnen. Denn ein Kind wird es sich immer als Erlaubniss des Anwesenden auslegen, eine Sache zu ergreifen etc. etc., wenn dieser dasselbe einfach gewähren lässt.

Ein Professor, der Vorlesungen in der Experimentalchemie gibt, erklärt jedenfalls stillschweigend, soweit es bei ihm liegt, eine Gefährdung seiner Hörer vermeiden zu wollen. Wenn er nun bemerkt, dass bei einem Experimente eine heftige Explosion droht und er gleichwohl seine Zuhörer nicht warnt, so erregt er wissentlich in ihnen den Irrtum, dass noch volle Gefahrlosigkeit vorhanden sei, und setzt so eine Bedingung für den schädlichen Erfolg.

---

[1]) Diese beiden Beispiele führt auch v. Bar (Ueber den Causalzusammenhang S. 107) an und will sie gegenüber dem Pferdekaufe mit der »Regel des Lebens« erklären.

Wenn endlich Jemand eine geladene Flinte mit gespanntem Hahne unter spielende Kinder stellt, sich dann weg begibt und nach seiner Rückkehr sieht, wie eines derselben auf ein anderes anlegt, ohne dass er sie warnt, sei es aus Fahrlässigkeit, sei es aus Absicht, so ist dieses Unterlassen doch ganz sicher ein concludentes. Denn musste schon durch das blosse Hinstellen der Flinte in der Nähe spielender Kinder ohne Beifügen einer Warnung in diesen der Glaube an ihre Ungefährlichkeit erweckt werden, so musste dieser Glaube noch bedeutend vermehrt werden, wenn die Kinder vor den Augen dessen, der die Flinte brachte, mit derselben spielen und der Betreffende sie nicht im mindesten davon abhält.

Ich glaube, dass diese Beispiele genügen werden.

§ 16.

Die menschliche Causalität für einen Erfolg bei persönlich passivem Verhalten diesem gegenüber.

I. Theoretische Entwicklung.

Es ist unbestreitbar, dass durch das reine Unterlassen, als solches, wohl niemand verantwortlich gemacht werden kann, wegen eines von ihm nicht gehinderten Erfolges, wenn nicht nebenbei ein bestimmtes, Verantwortlichkeit begründendes Verhältniss vorlag.

Im ersten Teile wurde gezeigt, dass Feuerbach, Spangenberg und Martin glaubten, die Verpflichtung, welche aus Gesetz, Vertrag oder sonst besonders verpflichtenden Verhältnissen hervorgehen kann, sei es, die verantwortlich mache für einen nicht gehinderten Erfolg.

Schon Luden hat die Unrichtigkeit dieser Theorie nachgewiesen und begründet, dass die Verantwortlichkeit für einen Erfolg nur aus dem Causalzusammenhange zwischen diesem und dem Verhalten des Menschen, also hier aus dem Unterlassen sich ergeben könne. Dieser Causalzusammenhang ist aber nach Luden bereits dann hergestellt, wenn in Folge der unterlassenen Handlung die verbrecherische Erscheinung nicht eingetreten sein

würde und der Unterlassende im Stande war, sie vorzunehmen. Die Unhaltbarkeit dieser Theorie wurde oben gezeigt und hat auch keiner der Nachfolger Luden's dieselbe acceptirt.

Mit Krug trat dann, wie wir gesehen haben, ein Wendepunkt ein für den Weg, den die Rechtslehrer bei der Behandlung unseres Problems einschlugen. Das Resultat von Krug's Arbeit war nemlich, wie ich oben zeigte, Folgendes: »Durch Unterlassen wird man criminalrechtlich nur für denjenigen Erfolg verantwortlich, den man durch vorhergegangene Handlungen direct oder indirect veranlasst hat, daferne man es unterliess, zur Abwehr desselben das Nötige zu thun.«

Dieser Satz führte sofort zu zwei weiteren Fragen:

1) Ist bloss die vorausgehende, rechtmässige Handlung causal für den Erfolg und erhält diese Handlung dann durch das ihr folgende schuldhafte Unterlassen selbst einen schuldhaften Charakter?

oder 2) Ist die Unterlassung, selbst im Zusammenhang mit der vorausgehenden Handlung, causal für den Erfolg und deshalb Verantwortlichkeit begründend?

Die erste Frage bejahten Glaser, Merkel und zum Teil auch v. Bar, indem sie den im Unterlassen sich äussernden schuldhaften Willen auf die vorangegangene rechtmässige Handlung zurückbezogen, also den sogenannten *dolus subsequens* annahmen. Glaser's Ansicht wird auch von Gessler geteilt. (Ueber den Begriff und die Arten des dolus. S. 241.)

Ortmann, Binding und v. Buri in seiner früheren Theorie haben die erste Frage verneint und die zweite bejaht, indem sie das neutrale Verhalten, das Nichthindern oder Unterlassen selbst zu einer Handlung zu stempeln suchten, die causal für den nicht gehinderten Erfolg wäre. (Unterlassen = Vernichten einer für den Erfolg negativen Bedingung.)

Sämmtliche Schriftsteller haben nun offenbar die Ansicht, dass der Mensch nur durch die Kraftäusserungen seines Körpers allein in den Causalnexus zu einem Erfolge treten könne. Sie mussten daher den Causalzusammenhang zeigen zwischen dem persönlichen Verhalten eines Menschen — hier persönlicher Passivität — einem Erfolge gegenüber und diesem Erfolge selbst,

für den der Mensch verantwortlich werden sollte. Dies war aber nur auf die beiden soeben angegebenen Arten möglich.

v. Buri hat in neuester Zeit (cfr. § 12) seine frühere Ansicht aufgegeben und sich zur Theorie Feuerbach's bekehrt, welcher Theorie sich unter den neueren Schriftstellern auch noch Schwarze angeschlossen hat.

Eine Lösung des Problems scheint mir so nicht erreicht worden zu sein.

Während nun die bisherigen Schriftsteller nur das körperliche Verhalten des Unterlassenden einem Erfolge gegenüber, für den er verantwortlich werden sollte, in's Auge fassten, möchte ich jene Beziehung betrachten, in welcher der Unterlassende zu den zum Erfolge hinwirkenden Bedingungen stehen kann.

Hier ergeben sich zwei Möglichkeiten.

Entweder ist es der Zufall, durch den ein Mensch das Zusammenwirken von Bedingungen, deren Ausgangspunkte ihm fremd sind, erkennt und zu hemmen in der Lage ist, oder es ist der freie, bewusste Wille des Betreffenden, welcher ihn mit den Ausgangspunkten der auf einen Erfolg hinwirkenden Bedingungen und so mit diesen selbst, in Berührung gebracht hat.

Ziehen wir den ersteren Fall in Betracht.

Verhältnisse, Veranstaltungen, Körper, zu welchen ein Mensch in keinerlei Beziehung getreten ist und in keiner steht, ergeben Bedingungen für einen Erfolg und jener erkennt zufällig das Zusammenwirken dieser Bedingungen. Eine durch seinen Willen hergestellte Beziehung zwischen ihm und den Ausgangspunkten der fraglichen Bedingungen bestand sohin nicht und besteht nicht. Er hat sich nicht bewusster, willkürlicher Weise die Möglichkeit verschafft auf jene Ausgangspunkte beliebig einzuwirken, die etwa sich ergebenden Bedingungen zu erkennen und zu beherrschen. Nur durch einen Zufall wird ihm die Kenntniss jener Bedingungen verschafft, und wird ihm die Möglichkeit geboten, auf Grund dieser zufälligen Erkenntniss den Entschluss zu fassen, jene ihm nicht unterstehenden Bedingungen, seiner factischen Herrschaft zu unterstellen, und demgemäss einen Eingriff in ihr Wirken zu machen.

In dem Nichteingreifen in die nicht beherrschten, nur zufällig erkannten Bedingungen, in dem Nichthindern derselben, verkörpert sich sohin nur ein für sie und den Erfolg neutraler Wille, nur der Wille, ebenso, wie nichts für den Erfolg gethan wurde, so auch nichts gegen ihn zu unternehmen.

Dabei ist es für das Verhältniss dieser Willensobjectivirung zu dem betreffenden Erfolge selbstverständlich ganz einerlei, welche Motive auf subjectiver Seite sie veranlassten. Sie kann hervorgehen aus dem Glauben, es würden Andere, welche geeigneter hiezu sind, den Erfolg hemmen. Es kann ihr das Bedürfniss zu Grunde liegen anderweitig thätig zu werden, indem dieses das Verlangen den Erfolg zu hindern überwiegt. — In diesen beiden Fällen wird oft der Wunsch vorhanden sein, der Erfolg möge nicht eintreten. — Es kann ihr ebenso gut Gleichgültigkeit oder der intensive Wunsch, dass der Erfolg eintrete, zur Seite stehen. Wird aber durch diesen Wunsch jene Willensverkörperung eine andere, eine für den Erfolg wirkende? Gewiss nicht. Solange hier dem Wunsche in keiner andern Weise Ausdruck gegeben wird, als in dem persönlichen Nichteingreifen in die zufällig erkannten, nicht beherrschten Bedingungen, bleibt es immer nur bei einer für den Erfolg neutralen Willensobjectivirung, welche in keinem Causalzusammenhang zu ihm steht. So ist auch das Thätigwerden Anderer gegen den Erfolg nicht in Widerspruch mit ihr, mag es auch dem etwaigen Wunsche, der sie begleitet, entgegen sein.

Durch einen Erfolg kann aber ein demselben gegenüber nur neutrales Verhalten nicht rechtlich respective strafrechtlich ahndbar werden. Um diesen Charakter zu erhalten müsste also jenes Benehmen als solches, als Nichthindern, als Unterlassen rechtsverletzend sein. Dies kann es aber offenbar nur dann werden, wenn ein strafrechtlich sanctionirtes Gebot vorliegt, den fraglichen Erfolg zu hemmen, sobald man sein Drohen erkennt. Wer dann diesem Gebot entgegen einen im Entstehen erkannten Erfolg nicht hindert, verletzt das Gebot und dadurch das Recht, und wird so der strafrechtlichen Sanction des Gebotes gemäss strafbar. Diese Strafbarkeit hat aber dann nicht einen materialen Grund in einem Erfolge, sondern einen lediglich

formalen in jener Pönalsanction. Es liegt sohin ein Ommissivdelict vor; zu einem Commissivdelict kann es hier nie kommen.

Doch gehen wir jetzt auf den letzteren Fall ein.

Nicht der Zufall ist es, der einem Menschen die Kenntniss vom Zusammenwirken von Bedingungen für einen Erfolg gebracht hat und ihm die Möglichkeit gewährt, zu ihm in Beziehung zu treten, sondern der freie, bewusste Wille des Betreffenden, durch welchen er zu den Ausgangspunkten jener Bedingungen und so zu diesen selbst sich in Beziehung gesetzt hat und in Beziehung steht.

Nun wird man sich vor Allem fragen, welcher Art dieses Verhältniss sein muss, das der Mensch durch seinen freien, bewussten Willen herstellen kann und das hier allein in Betracht kömmt.

Wenn man das Verhältniss untersucht, in welchem der Mensch zu der ihn umgebenden, materiellen Erscheinungswelt steht, so wird sich zeigen, dass schon dem noch im Naturzustande befindlichen, dem Wilden oder Halbwilden, in seinem Streben nach Bedürfnissbefriedigung es nicht genügt, bloss augenblicklich auf die ihn umgebenden Erscheinungsformen einzuwirken, sie sämmtliche bloss momentan zu benützen. Wie jeder weiss, sucht vielmehr schon der Wilde, weil er den Nachteil ihres eventuellen Mangels fühlt, sich gewisse Erscheinungsformen so zu eigen zu machen, dass er sie dauernd beherrschen kann. Er will sich in ihnen gewissermassen eine Erweiterung seiner Persönlichkeit verschaffen, um durch und über dieselbe seinen Willen ebenso wirken lassen zu können, wie über seinen eigenen Körper.

Durch die persönliche Kraft herbeigeführt, hat dieses Verhältniss bei rohen Völkern auch nur in der dem Willen zur Seite stehenden Macht des Einzelnen oder der Sippe, der dieser angehört, seinen Halt.

Dieses Streben oder Wollen des Einzelnen, das untrennbar ist vom menschlichen Dasein, macht sich selbstverständlich ebenso im Gesammtwillen der in einem Staate zusammenlebenden Menschen geltend und findet dort im Rechte als der Objectivirung dieses Gesammtwillens seine Ordnung und seinen Schutz.

Die Rechtsordnung gibt die Bedingungen an, unter welchen die einzelnen Angehörigen des betreffenden Staates die Beherrschung eines gewissen Kreises von Verhältnissen oder einzelner Erscheinungsformen entweder in ihrer Totalität oder in bestimmter Richtung, als eine mit ihr — der Rechtsordnung — in Einklang stehende und deshalb rechtlich geschützte erlangen und festhalten können.

Diese vom Rechte geschützte Herrschaft kann indess nur darin bestehen, dass der Einzelne mit Ausschluss Anderer seinen Willen über und durch jene Verhältnisse und Erscheinungsformen in der Anssenwelt wirken lassen, respective betreffs ihrer ein seinen Bedürfnissen entsprechendes Verhalten ungestört annehmen kann. Der rechtliche Schutz aber für diese Beherrschung von Verhältnissen und Erscheinungsformen beruht auf der Erfüllung der von der Rechtsordnung hiefür verlangten Bedingungen.

Nun ist es selbstverständlich, dass nur der in der Herrschaft geschützt werden kann, der herrscht, d. h. der das zu Beherrschende factisch inne hat, seiner factischen Disposition unterstehend hat. Diesen factischen Besitzstand, diese factische Herrschaft anzuerkennen und zu schützen, ist auch das erste Erforderniss des Coexistenzialprinzips, des Prinzips jeder gesellschaftlichen Einigung von Menschen.

Durch den Besitzstand als solchen, durch die Herrschaft an sich, steht der Besitzende, der Herrschende nicht in Widerspruch mit jenem Prinzip. In Widerspruch zu demselben tritt vielmehr der, welcher den Andern in seiner Herrschaft, in seinem Besitze stören, ihm dieselbe entziehen will, denn dieser erhebt Streit, und der Streit ist die Negirung der Coexistenz.

Damit nun bei einer Concurrenz von Herrschenwollenden, welche ein und denselben Besitz, ein und dieselbe Herrschaft betrifft, der Streit möglichst vermieden und seines gefährlichen Charakters beraubt werde, hat, wie oben erwähnt, der Gemeinwille in der Rechtsordnung die Bedingungen aufgestellt für den Erwerb und das Fortbehalten der Herrschaft.

Unter den betreffs einer Herrschaft concurirenden Einzelnwillen entscheidet sohin die Erfüllung dieser Bedingungen über

die Frage, welcher dieser Concurrenten bei seinem Herrschaftserwerb oder beim Fortbehalten einer erworbenen Herrschaft im Einklang mit dem Gemeinwillen steht. Wird also nachgewiesen, dass unter mehreren Concurrenten einer die geforderten Bedingungen erfüllt hat, so muss dieser vom Rechte, als der Objectivirung des Gemeinwillens in seinem Herrschaftserwerb oder in der Aufrechterhaltung derselben den Andern gegenüber, welche diese Bedingungen nicht in der entsprechenden Weise erfüllt haben, geschützt werden, wenn das Recht nicht mit sich selbst in Widerspruch geraten will.

Die Erfüllung der entsprechenden Bedingungen gibt also mit andern Worten dem Betreffenden allen Andern gegenüber die Berechtigung auf Erwerb oder Fortbehaltung einer gewissen factischen Herrschaft mit Hülfe der Rechtsordnung, so dass er durch die von dieser gebotenen Mittel seinen Besitz gegen Andere verteidigen oder den von Minder- oder Nichtberechtigten innegehabten Besitz, diesen wieder entziehen kann. Die Berechtigung ist sohin gewissermassen ein Band, durch welches ein gewisser, factischer Zustand so an ein Individuum geknüpft ist, dass dasselbe vermöge dieses Bandes den betreffenden factischen Zustand Andern gegenüber festhalten, resp. wieder an sich ziehen kann.

Von einer rechtlichen Herrschaft über Sachen etc. etc. als Rechtsobject zu sprechen ist daher, strenge genommen, unrichtig. Das Recht an einer Sache etc. etc., die Berechtigung sie zu haben, ist eben nur ein den beisammenlebenden Menschen als Rechtssubjecten untereinander zukommende Eigenschaft, welche über den rechtlichen Schutz beim Erwerb oder dem Fortbehalten einer factischen Herrschaft über die sogenannten Rechtsobjecte entscheidet.

Die Berechtigung zu dieser Herrschaft ist aber doch nicht diese selbst; und kann man sich über concrete Erscheinungsformen auch nur eine concrete, eine factische Herrschaft denken, wenn man anders unter diesem Worte die Möglichkeit begreift, auf das Beherrschte nach Belieben einzuwirken.

Bei unserer Frage also, wo es sich darum handelt, dass ien Mensch durch seinen freien, bewussten Willen in Beziehung

getreten ist zu den Bedingungen für einen Erfolg respective deren Ausgangspunkten, kann offenbar nur die factische Dispositionsmöglichkeit über concrete Verhältnisse und Erscheinungsformen in Betracht kommen.

Wie bereits erwähnt, hat jenes Streben des Menschen, sich durch ausschliessliche, dauernde Beherrschung von Teilen der ihn umgebenden Aussenwelt gewissermassen eine erweiterte Persönlichkeit zu schaffen, in der Rechtsordnung der Staaten Ausdruck, Anerkennung und Schutz gefunden.

Es ist also vom Rechte anerkannt, dass der Mensch die Verhältnisse und Erscheinungsformen entweder in ihrer Totalität oder in bestimmter Richtung ausschliesslich beherrschen kann, um in ihrer seinem Willen unterworfenen Wirksamkeit seine Bedürfnisse zu befriedigen.

Die ihnen innewohnenden Kräfte und die Kraftäusserungen, welche bei gewissen Verhältnissen in Frage kommen, bilden in ihrem Wirken eine Erweiterung der Thätigkeit seiner physischen Person.

Diese Kraftäusserungen sind Bedingungen für die von ihm angestrebten Erfolge, welche er mit seinem Körper allein nicht setzen will oder kann.

Ja sie sind willkürliche, bewusste Bedingungen, soweit der Mensch die betreffenden Körper und Verhältnisse und die aus ihnen sich ergebenden Kraftäusserungen bewusster, willkürlicher Weise in seiner Gewalt hat. Indem nemlich der Mensch über und durch jene Körper und Verhältnisse in der Aussenwelt wirken will, sind ihre von ihm beherrschbaren und mit seinem freien, bewussten Willen erfolgenden Kraftäusserungen ebensogut eine Objectivirung dieses Willens, wie die bewusster, willkürlicher Weise erfolgenden Kraftäusserungen seines Körpers selbst.

Dass sich in den Kraftäusserungen des menschlichen Körpers der Wille des Menschen objectivirt, sobald sie diesem gemäss erfolgen, ist gewiss. Der menschliche Körper ist eben eine durch ihren Willen sich selbst ausschliesslich beherrschende Erscheinungsform. In seinen Willensobjectivationen setzt derselbe bewusste, willkürliche Bedingungen für die von ihm beabsichtigten Erfolge. Eine Hemmung dieser Objectivationen steht

also im Widerspruch mit dem Willen des Menschen, ist ein Eingriff in die ihm über sich selbst zustehende Herrschaft. Ebenso aber, wie er Anerkennung dieser ausschliesslichen Herrschaft über sich selbst von Anderen verlangen kann, wird er auch umgekehrt durch die Führung dieser Herrschaft Andern gegenüber berechtigt, verpflichtet, verantwortlich.

Hier liegt nun der Fall so, dass ein Mensch ausser seinem Körper, gleichsam als Erweiterung desselben, Erscheinungsformen und Verhältnisse der ihn umgebenden Aussenwelt seiner factischen Herrschaft bewusster, willkürlicher Weise unterstehend hat und ebenso wie bei ersterem die Anerkennung dieser Herrschaft von seinen Mitmenschen verlangt. Indem er dann durch sie und über sie seinen Willen in der Aussenwelt bethätigen will, erkennt er, dass von ihnen Kraftäusserungen, Bedingungen für einen Erfolg ausgehen. Wenn er nun diese, wie der eigene Körper seiner Herrschaft unterstehenden, beherrschbaren Kraftäusserungen bewusster Weise einfach wirken lässt, so erfolgen dieselben seinem Willen gemäss. Eine Hemmung derselben von Anderen ist sohin im Widerspruche mit seinem Willen, ist ein Eingriff in die von ihm geführte Herrschaft. Wir haben hier offenbar genau dieselbe Willensobjectivation, wie in einer bewussten, willkürlichen Kraftäusserung des menschlichen Körpers selbst.

Diesen Charakter muss ihnen auch der Gemeinwille geben, da er anerkennt, dass der Einzelnwille ebenso wie über und durch den Körper, dem er inne wohnt, auch über und durch andere Erscheinungsformen herrschen kann.

Würde dies nicht geschehen, so läge ein sehr bedeutender Widerspruch vor.

Wenn nemlich erklärt wird, dass die Kraftäusserung, welche sich aus einem vom menschlichen Willen beherrschten Verhältnisse oder Körper ergibt und diesem freien, bewussten Willen gemäss erfolgt, keine Willensobjectivirung ist, so muss man auch den einem freien, bewussten Willen entsprechenden Verhalten des menschlichen Körpers selbst den Charakter einer Willensobjectivirung absprechen. Man käme sohin auf diese Weise zu der Behauptung, dass der Wille sich überhaupt nicht

objectiviren kann — eine Behauptung, deren Unrichtigkeit nicht erst des Beweises bedarf.

So sind also die Kraftäusserungen, die sich aus den von Menschen beherrschten Körpern und Verhältnissen ergeben, eben solche Bedingungen für einen Erfolg, wie die Bethätigungen des menschlichen Körpers selbst.

Es objectivirt sich im Nichthindern derselben nicht etwa ein ihnen und dem Erfolge gegenüber neutraler Wille, wie da, wo der blosse Zufall die Kenntniss vom Zusammenwirken von Bedingungen zu einem Erfolge und die Möglichkeit in dasselbe einzugreifen bietet. Es zeigt sich in ihnen vielmehr der Wille den Erfolg zu fördern, und zwar zu fördern durch eben diese vom Betreffenden ausschliesslich beherrschten Kraftäusserungen. Es sind daher diese, sowie die Erfolge, für welche sie Bedingungen bilden, dem Menschen ebenso eigen, er wird aus ihnen ebenso berechtigt, verpflichtet, verantwortlich, wie aus seinem persönlichen Verhalten.

Für den Menschen trägt der Grund und Boden, den er innehat, seine Erzeugnisse. Ihm dienen die physiologischen Eigenschaften der Thiere und Pflanzen, welche er besitzt, zu seiner Bedürfnissbefriedigung. Für ihn arbeiten die elementaren Kräfte der Natur und die Kräfte der Thiere, welche er beherrscht und in bestimmter Richtung thätig werden lässt. Ihm kommen auch die Kraftäusserungen seiner Mitmenschen zu, welche er seinem Willen unterstellt hat und welche diesem gemäss erfolgen.

Die Herrschaft des menschlichen Willens über einen Kreis von Verhältnissen und Erscheinungsformen, ist der Ausgangspunkt für jedes Privatrecht. Dieses sucht dem Coexistenzialprinzip gemäss den Streit möglichst zu verhindern und gibt deshalb die Bedingungen an, unter denen jene Herrschaft neu erworben, übernommen, forterhalten, verloren wird. Es sucht also die Beziehungen zu regeln, in welche die herrschenden Einzelnwillen zu einander treten können.

Ueberall erscheint hier der freie, menschliche Wille, als Mittelpunkt der von ihm beherrschten Körper und Verhältnisse, durch welchen dieselben solange zusammengehalten werden, als die subjectiven und objectiven Bedingungen hiefür vorhanden

sind. Durch seinen Willen erhalten die vom Menschen beherrschten sogenannten Rechtsobjecte ihre Einigung zum Vermögen und ihre Gestaltung als solches. Dieser Wille muss als zusammenhaltender Mittelpunkt selbst die im Tode liegende Vernichtung des wollenden Subjectes überdauern. In welch' anderer Gestalt als in der ihm vom Willen des Hinterlassers gegebenen sollte denn das hinterlassene Vermögen verbleiben, bis die Bedingungen erfüllt sind, welche hier die Rechtsordnung notwendiger Weise für den Uebergang an andere Rechtssubjecte erfordert? —

Diese vom Gemeinwillen anerkannte Herrschaft des Einzelnwillens findet nun aber selbstverständlich ihre Beschränkung in der Objectivirung des ersteren, im Rechte. D. h. es darf das Beherrschte in jeder Weise, benützt und behandelt werden, welche nicht zur Rechtsordnung im Widerspruch steht. Wird dagegen die Herrschaft so geführt, dass sich ein solcher Widerspruch ergibt, so wird der Herrschende rechtsverletzend und deshalb rechtlich respective strafrechtlich verantwortlich.

Ich habe nun oben (cfr. § 14) gezeigt, dass der Mensch dann strafrechtlich verantwortlich wird, wenn er bewusster, willkürlicher Weise Bedingungen für einen strafrechtlich verpönten Erfolg setzt.

Ich habe des weiteren ausgeführt, dass der Mensch Bedingungen für Erfolge nicht bloss durch seinen Körper, sondern auch durch die von ihm bewusster, willkürlicher Weise beherrschten Erscheinungsformen und Verhältnisse setzen kann, während er seinerseits persönlich nichts für den Erfolg thut. Es ist sohin für mich die Frage, inwieferne man durch Unterlassen — Unthätigbleiben der Person selbst dem fraglichen Erfolge gegenüber — strafbare Handlungen begehen könne, so zu beantworten:

So oft ein Mensch erkennt, dass auf Grund der von ihm bewusster, willkürlicher Weise beherrschten Erscheinungsformen und Verhältnisse sich Bedingungen für einen strafbaren Erfolg ergeben und er diese Bedingungen auch bewusster, willkürlicher Weise für den Erfolg wirken lässt, objectivirt sich sein Wille als ein den Erfolg fördernder in diesen Bedingungen. Der

Mensch setzt also in ihnen, obwohl er dem Erfolge gegenüber körperlich unthätig ist, bewusste, willkürliche Bedingungen für denselben. Er begeht sohin trotz dieser seiner körperlichen Unthätigkeit, seinem Unterlassen, eine strafbare Handlung, ein Commissivdelict.

Damit bei blossem Nichthindern von Bedingungen für einen Erfolg ein Commissivdelict begangen werden kann, muss demnach Folgendes zusammentreffen:

I. Bewusste, willkürliche Beherrschung von Verhältnissen und Körpern, von welchen Bedingungen für einen verpönten Erfolg ausgehen.

II. Erkenntniss, dass derartige Bedingungen wirksam werden respective wirksam werden können.

III. Möglichkeit, ihnen hemmend entgegenzutreten.

IV. Ein bewusstes, willkürliches Wirkenlassen dieser Bedingungen.

II. Beispiele.

Ich will nun versuchen, das Princip, das ich hier aufgestellt habe, in seiner practischen Anwendung auf eine Reihe von Fällen, die als Musterbeispiele für unsere Frage gelten und als solche bereits bearbeitet worden sind, zu erproben.

Vor Allem sei der Fall erörtert, dass eine Mutter ihr Kind durch Unterlassung des bei und gleich nach der Geburt nötigen Beistandes oder durch Unterlassung des Nahrunggebens umkommen lässt.

Es ist gewiss, dass eines der ersten Erfordernisse der staatlichen Coexistenz der Menschen die Sicherheit der Fortpflanzung zum Inhalt hat. In den ersten Jahren seines Lebens ist der Mensch in einem hülflosen Zustande, den er nur durch fremde Unterstützung durchleben kann. Wem anderen aber sollten nun die Lebensverhältnisse des Kindes zur Ueberwachung und helfenden Einwirkung zugehören, als denen in erster Linie, auf welche uns die Natur hinweist, den Erzeugern und, wenn diese nicht beisammenleben, der Mutter, die in der unmittelbarsten, körperlichen Beziehung zu den ersten Lebensmomenten ihres Kindes steht.

Dieses natürliche Verhältniss bildet den Ausgangspunkt für die elterliche Gewalt, welche die je nach der verschiedenen Entwickelung des Coexistenzialprinzips der einzelnen Völker verschieden modificirte Herrschaft über die Lebensverhältnisse des Kindes eventuell über das Kind selbst ist.

Je mehr die Cultur steigt, desto mehr wird aus der elterlichen Gewalt die Herrschaftsbefugniss über das Kind selbst, gleichwie über eine dem Menschen unterstehende Sache verschwinden und die blosse Beherrschung der Lebensverhältnisse des Kindes bleiben. Diese hat den Inhalt, dass die Eltern mit Ausschluss Dritter, für das Heranwachsen ihres Kindes in der ihnen gutdünkenden Weise, aber nur im Einklang mit der Rechtsordnung, sorgen können.

Es ist also nicht eine Dispositionsbefugniss darüber, ob das Kind heranwachsen soll, sondern nur über die Art und Weise der Sorge für dieses Heranwachsen. Diese ausschliessliche Dispositionsbefugniss ist an das Bestehen der elterlichen Gewalt geknüpft und natürlich da am vollsten vorhanden, wo das factische Verhältniss — Zusammenleben — der den Eltern darauf zukommenden Berechtigung entspricht. Indem die Eltern die elterliche Gewalt und den ihr entsprechenden factischen Zustand festhalten, haben sie die Lebensbedingungen des Kindes während dessen Hülflosigkeit bewusster, willkürlicher Weise ihrer ausschliesslichen Disposition unterstellt.

Sobald sie nun auf Grund dieses Verhältnisses das Entstehen von Bedingungen für einen dem Kinde schädlichen Erfolg und zugleich die Abwendungsmöglichkeit desselben erkennen, objectiviren sie durch das bewusste, willkürliche Wirkenlassen der betreffenden Bedingungen ihren bösen Willen in denselben ebenso, wie in Kraftäusserungen ihres Körpers.

Wenn also z. B. die Mutter es bewusster, willkürlicher Weise unterlässt, ihrem Kinde den bei oder gleich nach der Geburt nötigen Beistand zu leisten, oder wenn sie dem Kinde die Nahrung nicht darreicht, obwohl sie beides vermöchte, so ergeben sich ihrem freien, bewussten Willen gemäss auf Grund des von ihr ausschliesslich beherrschten Verhältnisses die Bedingungen für den Tod des Kindes. In ihnen objectivirt also

8

die Mutter den Willen ihr Kind zu tödten und wird sohin für ihr Verhalten strafrechtlich verantwortlich.

Selbstverständlich ist es hier ganz gleichgültig, ob die betreffende Mutter das so gemordete Kind auf legitimem oder illegitimem Wege oder durch Notzucht empfangen hat. Immer erhält sie durch die Geburt die factische Disposition über die Lebensbedingungen ihres Kindes, die sie bewusster, willkürlicher Weise solange innehat, als sie das durch die Geburt hergestellte factische Verhältniss bestehen lässt.

Diesem eben erörterten Falle sind zwei andere Beispiele ähnlich:

Der Gefängnisswärter, der dem Gefangenen keine Lebensmittel reicht — und der Krankenwärter, der die Vornahme von Handlungen unterlässt, welche für das Leben des Kranken nötig sind.

Beide haben bewusster, willkürlicher Weise durch Uebernahme ihres Dienstes, respective Amtes, die Lebensbedingungen von Menschen, welche selbst in entsprechender Weise nicht für sich sorgen können, ihrer factischen Disposition ausschliesslich unterstellt. Indem sie nun auf Grund dieses factischen Verhältnisses, bewusster, willkürlicher Weise Bedingungen sich bilden lassen, welche dem Leben des Gefangenen, des Kranken feindlich sind, und deren Entstehen oder Wirken sie hindern konnten, objectiviren sie im Wirken dieser Bedingungen, den freien bewussten Willen den Gefangenen oder den Kranken zu tödten, und werden deshalb für ihr Verhalten strafrechtlich verantwortlich.

Ebenso wie beim Krankenwärter liegt auch der Fall bei der Kindswärterin, welche z. B. das ihrer Obhut anvertraute Kind in die Badebütte setzt und darin ertrinken lässt. Sie hat das ohne ihren Beistand hülflose Kind bewusster, willkürlicher Weise gefährdenden Bedingungen ausgesetzt, also ein Verhältniss in's Leben gerufen und ihrer factischen Disposition unterstellt, aus welchem dem Kinde Schaden erwachsen konnte. Auch sie wird daher für das bewusste, willkürliche Wirkenlassen, der hier sich ergebenden gefährdenden Bedingungen strafrechtlich ahndbar.

Der Assistent eines Chirurgen hat es übernommen, einem

von seinem Chef operirten Kranken den nötigen Verband anzulegen; er thut dies nicht und der Kranke stirbt in Folge des Blutverlustes. Der Assistent hat sich hier ein von seinem Chef rechtmässig hervorgerufenes Verhältniss, die factische Disposition über die Lebensbedingung des Kranken, soweit sie durch die Operation in Frage kommen, bewusster, willkürlicher Weise übertragen lassen. Nun gewährt er den dem Kranken schädlichen Bedingungen, welche ihm auf Grund jenes Verhältnisses unterstehen und die er hemmen kann, freie Wirksamkeit. Diese Wirksamkeit ist also, soweit sie mit seinem freien, bewussten Willen erfolgte, eine Objectivation desselben und durch sie wird folglich seine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet.

Ein guter Schwimmer überredet dadurch einen schlechteren Schwimmer mit ihm eine Schwimmpartie zu unternehmen, dass er ihm verspricht, im Falle einer Gefährdung hiebei die nötige Hülfe zu leisten. Der schlechte Schwimmer ermattet nun, oder wird von einem Krampf befallen, oder kann der Gewalt des Wassers an einer reissenden Stelle nicht widerstehen und geht nun, ohne dass sein Gefährte ihm irgendwelchen Beistand leistete, zu Grunde. Der gute Schwimmer hat hier bewusster, willkürlicher Weise ein Verhältniss in's Leben gerufen und sich zum Herrn desselben gemacht, aus welchem eine Gefährdung des schlechten Schwimmers hervorgehen kann. Der gute Schwimmer hat sohin die Bedingungen, welche den Anderen gefährden können, soweit sie von ihm beherrschbar sind, seiner factischen Disposition unterstellt. Wenn er nun im entscheidenden Momente, wo er die Wirksamkeit der Bedingungen erkennt und noch hemmen kann, dieselben bewusster, willkürlicher Weise thätig werden lässt, ist diese ihre Thätigkeit eine seinem Willen gemäss erfolgende, eine Objectivation seines Willens, und er ist dafür verantworlich.

Ein anderes Beispiel ist der in einer Badeanstalt angestellte Schwimmmeister, dem es obliegt, etwaige Gefährdungen der dort Badenden abzuwenden. Dieser hat durch Uebernahme seines Amtes die etwa für die Badenden sich ergebenden schädlichen Bedingungen seiner factischen Disposition unterstellt. Wird ihm nun auf Grund dessen das Zusammenwirken solcher Bedingungen

klar und unterlässt er es bewusster, willkürlicher Weise sie zu hemmen, obwohl dies in seiner Macht steht, so gilt bei ihm das Gleiche, wie in den vorigen Fällen.

Es sei hier auch der Nachtwächter erwähnt, ein Beispiel, das ich bereits oben bei der Kritik über Krug aus einem anderen Gesichtspunkte zu betrachten hatte. Der Nachtwächter prästirt die Sicherheit einer Gemeinde zur Nachtzeit, indem er es auf sich nimmt, die in Ausübung seines Amtes zu entdeckenden Gefährdungen derselben entweder persönlich abzuwenden, oder Andere vom Drohen solcher Gefährdungen zu benachrichtigen, damit diese, was ihm allein nicht möglich scheint, ausführen. Er unterstellt also die etwa von ihm zu erkennenden Bedingungen eines für die Gemeinde schädlichen Erfolges seiner factischen Disposition.

Wenn daher der Nachtwächter bei seinem Umgang einen Brand entdeckt und ihn, soweit er dies vermöchte, nicht selbst löscht, auch nicht Andere zum Löschen herbeiruft, so lässt er eine seiner factischen Disposition unterstehende Bedingung bewusster, willkürlicher Weise wirken und ist ihm daher die Wirksamkeit dieser Bedingung zuzurechnen.

Oder nehmen wir an, der Nachtwächter erlangt Kenntniss von einem beabsichtigten Diebstahl; er sieht, wie die Diebe einzusteigen versuchen etc. etc.; aber anstatt ihnen selbst entgegenzutreten oder Andere zu ihrer Vertreibung und eventuellen Festnahme aufzubieten, lässt er sie seinerseits ungestört an die Ausführung ihrer Absicht gehen. Ob er dabei den Wunsch hegt, sie möchten auch im Verlaufe ihrer Thätigkeit nicht gehemmt werden oder ob ihm dieses gleich ist, thut nichts zur Sache. Er erkennt auf Grund seines Dienstes die Möglichkeit, die sich für das Thätigwerden der Diebe bildet. Indem er nun bewusster, willkürlicher Weise diese Möglichkeit nicht aufhebt und so die Diebe thätig werden lässt, objectivirt er seinen Willen eben in dem Vermögen der Diebe ihrerseits zu handeln. Er objectivirt sohin den Willen, dass die Diebe überhaupt sollen handeln können, während die Art und Weise ihrer Thätigkeit ausser dem Bereiche seines Willens liegt. Er erscheint sohin als Gehülfe der Diebe, nicht aber als Mitthäter.

Das ist ja das Hauptcharakteristikum des Gehülfen, dass er nicht direct Bedingungen für den Erfolg selbst setzt, sondern nur Bedingungen, welche den Thätern die Möglichkeit bieten, ihrerseits für den Erfolg zu handeln.

In der gleichen Lage, wie der Nachtwächter hier ist, erscheint auch der Dienstbote, dem der Verschluss der Hausthüre anvertraut ist und der dieselbe nicht zuriegelt, damit Diebe eindringen können.

Um auch ein von Binding gebrauchtes Beispiel zu berücksichtigen, sei der Fall hiehergestellt, dass ein Hausbesitzer sich bereit erklärt, einen ergriffenen Verbrecher bis zur Rückkehr des betreffenden Polizisten zu verwahren, da es diesem wegen des Widerstandes des Ergriffenen schwer würde, denselben allein mitzunehmen. Der Hausbesitzer bemerkt dann, dass der in einem Zimmer seines Hauses verwahrte Verbrecher mit Dietrichen die Thüre öffnet, und lässt dies ruhig geschehen und den Verbrecher entfliehen. Der Hausbesitzer hat hier bewusster, willkürlicher Weise die Festhaltung des Verbrechers seiner factischen Disposition unterstellt. Indem er nun den Verbrecher die Bedingungen zu seiner Befreiung setzen lässt, obwohl er dies hindern könnte, objectivirt er den Willen den Verbrecher zu befreien in der ungestörten Handlung desselben und wird hiedurch strafrechtlich verantwortlich.

Sehr einfach werden sich namentlich folgende Fälle erklären lassen:

Ein Maschinist lässt den Dampfdruck in dem von ihm beaufsichtigten Kessel zu einer solchen Höhe anwachsen, dass eine Explosion erfolgt; — ein Locomotivführer bringt die Locomotive nicht zum Stehen, so dass ein Zusammenstoss erfolgt; — ein Schleussenwart unterlässt eine Schleusse rechtzeitig zu schliessen, so dass eine die Umgebung schädigende Ueberschwemmung sich ergibt.

In diesen und allen analogen Fällen haben sich die Unterlassenden bewusster, willkürlicher Weise die factische Herrschaft über die Wirksamkeit von Naturkräften angeeignet, und lassen nun mit freiem, bewusstem Willen die Bedingungen zu einem schädlichen Erfolge, obwohl sie dieselben hemmen konnten

daraus hervorgehen. In diesem bewussten, willkürlichen Wirkenassen der von ihnen beherrschten Naturkräfte setzen sie sohin Bedingungen für den Erfolg, welchen jene Wirksamkeit herbeiführen muss und werden dem entsprechend strafrechtlich verantwortlich.

Ebenso ist es auch mit den Thieren, die der Mensch seiner factischen Disposition unterstellt hat.

Wer seinen Haushund, den er Nachts freigelassen hat, am Morgen nicht anhängt, obwohl er weiss, dass derselbe die Leute, welche kommen, angreifen und verletzen wird, oder wer es unterlässt seinen Hund, der einen Menschen angreift, zurückzurufen, obwohl er dies kann, der wird meiner Regel nach, wegen der seinem Willen gemäss vom Hunde zugefügten Verletzungen strafbar.

Jemand setzt sein Reitpferd in Galopp oder die Pferde seines Wagens in raschen Lauf und hält dieselben, sei es culpos, sei es dolos, nicht wieder an, sobald er Menschen vor sich auf der Strasse erblickt. Werden hier Menschen durch Pferde oder Wagen geschädigt, so ist die Bedingung für diese Schädigung — Hufschlag des Pferdes oder Druck des rollenden Wagenrades — sofern sie mit dem freien, bewussten Willen des Fahrenden oder Reitenden erfolgte, als von diesem gesetzt zu betrachten.

Ich möchte an diesen Beispielen nur noch die Möglichkeit einer Concurrenz von concludentem Unterlassen und bewusstem, willkürlichen Wirkenlassen, von Bedingungen für einen Erfolg zeigen.

Wer seinen Haushund am Morgen nicht anhängt und anderseits nicht irgendwie ein Zeichen gibt für die Leute, welche in sein Haus kommen dürfen, mag dieses ausdrücklich nur bestimmten Personen oder Jedermann offen stehen, der begeht ein concludentes Unterlassen. Hat sich nun eine Person, durch dies concludente Unterlassen zum Glauben an der Gefahrlosigkeit des Eintrittes gebracht, in den Hof begeben und ist daselbst vom Hunde angegriffen worden, so liegt noch ein bewusstes, willkürliches Wirkenlassen von Bedingungen vor, wenn der zufällig anwesende Besitzer den Hund nicht zurückruft.

Fährt Jemand mit Gummirädern auf einer Strasse dahin und ruft er die vor ihm auf dieser Strasse gehenden Menschen nicht an, so ist sein Unterlassen ein concludentes, solange diese Menschen, durch seinen Zuruf aufmerksam gemacht, ausweichen konnten. Ist dies aber nicht mehr möglich und hält der Fahrende, obwohl er es noch vermöchte, die Pferde nicht an, so lässt er bewusster, willkürlicher Weise die ihm unterstehenden Bedingungen für einen schädlichen Erfolg wirken und wird sohin auch aus diesem Gesichtspunkt verantwortlich.

III. Charakter der dem Unterlassen vorangehenden Handlung.

Nun möchte die Frage aufgeworfen werden, wie es denn mit jener »dem Unterlassen« »vorangehenden Handlung« stünde, auf welche die früheren, das hier behandelte Problem betreffenden Lehren gestützt sind; mit jener Handlung, durch welche man die Herstellung des nötigen Causalzusammenhanges zwischen dem dolosen Unterlassen und dem Erfolge gefunden zu haben glaubte.

Man könnte also fragen, ob z. B. im Antreiben der Pferde, in der Uebernahme eines Dienstes oder Amtes, in der Anreizung zu einem Unternehmen, dessen Gefährdung man abzuwenden verspricht, nicht doch schon eine Bedingung für den fraglichen Erfolg liege und der Causalzusammenhang mit demselben begründet sei?

Wer meinen Ausführungen gefolgt ist und ihnen beistimmt, wird mit einem entschiedenen Nein antworten müssen.

Was thut derjenige z. B. der ein Amt, einen Dienst übernimmt?

Er eignet sich die dauernde, factische Disposition über gewisse Verhältnisse der Aussenwelt an, um auf Grund dieser Herrschaft seine Bedürfnisse zu befriedigen. Indem er nun seinen Willen über und durch jene Verhältnisse in der Aussenwelt wirken lässt, unterstehen ihm auch die Bedingungen, welche aus jenen Verhältnissen sich ergeben. Er objectivirt in ihnen, soweit er sie erkennt und beherrschen kann, seinen Willen und ist sohin für ihr Wirken verantwortlich.

Hat er aber dadurch, dass er sich zu den Ausgangspunkten dieser eventuell entstehenden Bedingungen in eine factische Beziehung brachte, schon eine Bedingung für den Erfolg selbst gesetzt?

Meiner Ansicht nach hat er sich bloss die Möglichkeit verschafft, solche eventuell entstehende Bedingungen bewusster, willkürlicher Weise zu beherrschen. Wenn er daher seinen Dienst dolose antrat, so hat er sich nur in die Lage gebracht, eventuell im bewussten, willkürlichen Wirkenlassen der von ihm beherrschten Kraftäusserungen eine Bedingung für den beabsichtigten Erfolg zu setzen. Eine Handlung aber, durch die man sich nur die Möglichkeit verschafft, eventuell eine Bedingung für einen Erfolg zu setzen, kann ich nur eine Vorbereitungshandlung für das rechtswidrige Thun, für den verbrecherischen Erfolg nennen.

Ein objectiver Causalzusammenhang zwischen Vorbereitungshandlung und Erfolg besteht aber nicht. Die Vorbereitungshandlung ist eine solche überhaupt nur durch die Absicht dessen, der sie vornimmt. Für den Erfolg selbst aber ist noch keine Bedingung gesetzt.

Das ist auch der Fall bei der Einladung zur Schwimmpartie.[1]) Hier hat der Einladende, sei es rechtmässiger Weise, weil es ihm vielleicht Vergnügen machte, sei es bereits in doloser Absicht, durch sein Versprechen ein Verhältniss in's Leben gerufen und seiner factischen Disposition unterstellt, auf Grund dessen sich möglicherweise Bedingungen für einen schädlichen Erfolg ergeben können. Er verschafft sich also entweder mit rechtmässigem oder mit bereits dolosem Willen die Möglichkeit, diese eventuell sich ergebenden Bedingungen, soweit er sie erkennt und zu beherrschen vermag, nach seinem Willen wirken zu lassen oder zu hemmen.

---

[1]) Bei der Einladung zur Schwimmpartie kann man sich freilich auch den Fall denken, dass der doloser Weise Einladende, sowohl die Kraft des Eingeladenen als auch den Charakter der Stelle, die zu durchschwimmen ist, genau kennt und daraus mit Gewissheit weiss, dass im Momente, wo sich der Eingeladene in's Wasser begibt, auch schon die Bedingungen für seinen Tod zu wirken beginnen. Dies ist aber ein ganz spezieller Fall, der nicht unter unsere Frage gehört.

Dasselbe ist der Fall, wenn Jemand sein Pferd in Trab oder Galopp setzt. Nur werden hier, wenn Jemand dolose ausreitet, wahrscheinlich noch positive Handlungen hinzukommen müssen. — Lenken des Pferdes auf den zu Ueberreitenden hin etc. etc. — Dann sind aber erst diese persönlichen, positiven Kraftäusserungen Bedingungen für den Erfolg, während das Ausreiten selbst nur die Möglichkeit zum Setzen solcher Bedingungen bietet, nur Vorbereitungshandlung ist.

Ich glaube nicht noch mehr Beispiele bringen zu müssen. Ich meine vielmehr, auf meine ganze bisherige Ausführung gestützt, behaupten zu dürfen, dass hier ein prinzipieller, nicht abzuwendender Einwand vorliegt gegen alle vorangehenden Lehren. Bei allen wird ja die Lösung der Frage darin gesucht, dass das Unterlassen in Beziehung zu einer vorangehenden Handlung des eben beschriebenen Charakters steht, durch die aber nach der Ansicht jener Schriftsteller eine Bedingung für den fraglichen Erfolg gesetzt und also der Causalzusammenhang zu demselben bereits hergestellt sein soll.

Und was ist die Consequenz dieser Annahme?

Offenbar die, dass der Betreffende, welcher jene Handlung in der Absicht vornahm den fraglichen Erfolg bei seinem eventuellen Eintreten nicht zu hemmen, schon dann strafbar sein müsste, wenn entweder der Erfolg auf eine Weise eintrat, dass er ihn überhaupt, auch mit dem besten Willen, nicht hätte hemmen können, oder auch dann, wenn die Möglichkeit des Erfolgseintrittes gar nicht wäre geboten worden. In beiden Fällen läge ja eine den Erfolg fördernde Willensverkörperung vor, indem durch jene Handlung eine Bedingung für den Erfolg gesetzt sein sollte. Es hätte also jedenfalls ein Versuch stattgefunden.

Wenn daher z. B. eine Kindsfrau ihren Dienst mit der Absicht antritt, einmal bei Gelegenheit das ihr anvertraute Kind im Bade ertrinken zu lassen, so hätte sie bereits eine Bedingung für den Tod des Kindes durch Ertrinken gesetzt. Würde nun das Kind zufällig, während nicht die Kindsfrau, sondern die Mutter es badet, ertrinken, oder würde die Kindsfrau an der Fortführung ihres Amtes gehindert, so dass sie

gar nie dazu käme, das Kind in's Bad zu setzen, so wäre sie immer eines Mordversuches schuldig.

Im ersten Falle hatte sie die Bedingung für einen Erfolg gesetzt, welcher dann durch die culpa einer anderen Person herbeigeführt wurde. Im zweiten Falle waren es Umstände, die ausser ihrer Willkür lagen und welche sie hinderten den Erfolg eintreten zu lassen, für den sie bereits thätig geworden war.

Ja nach einer Stelle Binding's scheint dieser in seinen Consequenzen noch weiter zu gehen.

Binding betrachtet nemlich vom Standpunkt eines eingetretenen Erfolges aus den Fall, dass jene »vorangehende Handlung« dolose vorgenommen ist und erklärt, dass es dann zu einem »unechten Unterlassungsverbrechen« nicht kommen könne. (II. S. 240. l. c.) »Dies zu erkennen ist deshalb von Wichtigkeit, weil der Vorsatz bei der verursachenden Handlung den schädlichen Erfolg selbst dann als einen dolos herbeigeführten erscheinen lässt, wenn der Bahnwärter das entstehende Hemmniss aus Unachtsamkeit gar nicht bemerkt hat oder auch mit der grössten Achtsamkeit nicht bemerken konnte.«

Binding geht bei diesem letzten Passus offenbar von folgendem Gedanken aus: der Bahnwärter hat durch seinen dolosen Amtsantritt eine Bedingung für den fraglichen Erfolg gesetzt in der Erwartung, dass sich die übrigen Bedingungen an die von ihm gesetzte anreihen und im Zusammenhang mit ihr den Erfolg herbeiführen werden. Daher ist es ganz gleich, ob ihm nun culposer Weise die Kenntniss der anderen Bedingungen entgeht oder ob er das Entstehen dieser Bedingungen überhaupt nie erkennen konnte, denn er hätte ja seinerseits das für den Erfolg gethan, was er hiefür thun konnte.

Demgemäss müsste auch die Kindsfrau, welche ihren Dienst mit der Absicht übernimmt, das Kind einmal nicht zu schützen, falls sich gefährdende Bedingungen für dasselbe ergeben sollten, dann als Mörderin erscheinen, wenn dieses Kind, während sie gerade abwesend ist, sich mit einer Scheere tödtlich verletzt.

Es müsste ebenso der Schwimmmeister, der sich bei seinem Dienstantritt vornimmt, einmal einem Ertrinkenden nicht beizuspringen, als Mörder dessen angesehen werden, welcher von

einem Krampfe befallen, lautlos untersinkt, während der Schwimmmeister selbst an einem anderen Platze mit dem Unterricht der Anfänger beschäftigt. ist und den Vorgang unmöglich wahrnehmen kann.

Es wird dies genügen, um darzulegen, dass nach Binding's und seiner Vorgänger Theorie man dazu käme, etwas rein Subjectives, den blossen Wunsch, dass sich die Bedingungen für einen schädlichen Erfolge ergeben möchten und dieser selbst eintreten solle, zu bestrafen, obwohl diesem Wunsche keine Objectivation in der Aussenwelt entspricht.

Hiemit aber ist, wie ich glaube, das gemeinsame Fundament der meisten vorangehenden Lehren erschüttert und erscheinen dieselben schon aus diesem Gesichtspunkt als unhaltbar.

Um nun zum Schlusse meine Ansicht nochmals kurz darzulegen, so ist sie folgende:

Jemand kann bei persönlich neutralem Verhalten einem Erfolge gegenüber nur dann strafrechtlich verantwortlich werden, wenn er bewusster, willkürlicher Weise die factische Herrschaft über die Ausgangspunkte der Bedingungen zum fraglichen Erfolg und so über diesen selbst inne hat.

Das persönlich active Verhalten, durch welches er sich jene Herrschaft aneignet, bietet ihm nur die Möglichkeit, die von ihm beherrschten Bedingungen nach seinem Willen wirken zu lassen und ist sohin eventuell nur Vorbereitungshandlung für einen bereits in jener Zeit beabsichtigten Erfolg.

Erst das bewusste, willkürliche Wirkenlassen der beherrschten Bedingungen, ist Verursachung für den betreffenden Erfolg, ist gleich dem persönlichen Setzen einer Bedingung für denselben.

Wenn nun Jemand die von ihm beherrschten Bedingungen bewusster, willkürlicher Weise für einen Erfolg wirken lässt, so liegt Versuch vor, sobald der Erfolgseintritt anderweitig gehemmt wird, Vollendung, sobald der Erfolg sich wirklich ergibt.

Das Wirkenlassen ist culpos, wenn es mit Hinblick auf einen anderen als den eingetretenen Erfolg geschah, aber verbunden war mit schuldhaftem Nichtbeachten jener Eventualität, obwohl sie erkannt werden konnte.

Das Wirkenlassen ist dolos, wenn es mit der Absicht stattfand, dass der betreffende Erfolg eintrete.

In dem bewussten, willkürlichen Wirkenlassen von Bedingungen für einen Erfolg, welche der factischen Herrschaft des Nichthindernden unterstehen, sehe ich sohin die Begründung des Causalzusammenhanges zwischen diesem Erfolge und dem Willen des Betreffenden; — ich erblicke darin eine Objectivirung dieses Willens für den Erfolg und also die Möglichkeit bei persönlich neutralem Verhalten einem solchen gegenüber, eine strafbare Handlung, ein Commissivdelict zu begehen.

Anhang.

Es sei mir gestattet, noch kurz das römische Recht in Betracht zu ziehen und dann mit dem Hinweis auf unser deutsches Reichs-Straf-Gesetz meine Abhandlung zu schliessen.

§ 1.

Prinzipiell sprechen sich über das Verhältniss von Handlung und Unterlassung nur einige wenige Stellen des Pandectenrechtes aus.

Am allgemeinsten von Bedeutung für das Verantwortlichwerden durch eine Unterlassung ist die l. 50 D. de R. J. 50. 17.

> Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest

und die ihr entsprechende Stelle des canonischen Rechtes:

> Imputari non debet ei, per quem non stat, si non faciat, quod per eum fuerat faciendum. (l. 41 in VI de R. J. 5. 12.)

— Die Stelle

> Nullum crimen patitur is, qui non prohibet, quum prohibere (non) potest. (l. 109 D. de R. J. 50. 17)

möchte ich unter Hinweglassung des non gleich volentem nullam pati injuriam verstehen, wie Gothofredus dies thut. —

In jenen ersten beiden Stellen ist allerdings nur der selbstverständliche Grundsatz ausgesprochen, dass für eine Schädigung überhaupt nur, soweit sie abwendbar ist, Verantwortlichkeit entstehen kann.

Eine andere Stelle ist die l. 121 D. 50. 17:

> »Qui non facit, quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit. Et qui facit, quod facere non debet, non videtur facere id, quod facere jussus est.«

Gewöhnlich wird nur der erste Satz citirt, ich halte es eben gerade des Verständnisses wegen für nötig, auch den

zweiten Satz anzuführen. Es ist in dieser Stelle ein Nichtthun und ein Thun zusammengestellt und offenbar verglichen. Den Vergleichungspunkt aber bildet augenscheinlich eine obligatio ad faciendum, mag sie nun eine civilrechtliche sein oder auf einem strafrechtlich sanctionirten Gebote beruhen.

Das Resultat der Vergleichung und der Sinn der Stelle ist aber, wie mir scheint, Folgendes: Wer einer Verpflichtung zu handeln überhaupt nicht entspricht, scheint dieser Verpflichtung entgegen zu handeln, da er sie nicht erfüllt; er verletzt also diese Verpflichtung. Wer einer Verpflichtung zu handeln zwar nachzukommen sucht, aber nicht in der ihr entsprechenden Art, in der von ihr geforderten Weise, scheint nicht das zu thun, was ihm zu thun auferlegt ist, scheint also gleichfalls gegen die Verpflichtung zu handeln, sie zu verletzen.

Für das Criminalrecht ist sohin meiner Ansicht nach diese Stelle nur insoweit von Bedeutung, als strafrechtlich sanctionirte Gebote, eine derartige obligatio ad faciendum begründen.

Für das Civilrecht ist dieses Prinzip noch einmal sehr deutlich ausgesprochen in l. 4 D. quae in fraudem creditorum 42. 8 mit der l. 28 D. de V. S. zu vergleichen ist. Und so findet sich dieser Satz noch vielfach angewandt in der Entscheidung von andern Fällen, die speziell dem Civilrechte angehören. Für unser Problem aber ist der nur auf Ommissivdelicte anwendbare Grundsatz nicht von Interesse. Ich möchte daher einige Stellen in Betracht ziehen, wo es sich darum handelt, dass bei persönlich passivem Verhalten der Thatbestand eines Commissivdelictes vorliegt. Es wird sich dabei zeigen, dass da, wo trotz persönlich passivem Verhalten, Verantwortlichkeit für einen schädlichen Erfolg angenommen wird, eine factische Beziehung vorhanden ist zwischen dem verantwortlich Gemachten und den Bedingungen zum Erfolge, so wie ich sie als Grundlage meiner Theorie angenommen habe.

Es sind dies folgende von Glaser (l. c. 329 ff.) citirte Stellen: l. 27. § 9 D. ad L. Aquil., aus der ich besonders Folgendes hervorheben möchte:

»Caeterum si alius ignem subjecerit fornaci, alius negligenter custodierit: an tenebitur qui subjecerit? nam qui

custodiit nihil fecit, qui recte ignem subjecit non peccavit: quid ergo?« »Puto utilem competere actionem tam in eum, qui ad fornacem obdormivit, quam in eum, qui negligenter custodiit.«

Allerdings heisst es weiter unten als Begründung, cum deberet . . . extinguere aut ita munire ne evagetur. Aber, worin liegt der Grund für dieses debere? Doch offenbar in der factischen Disposition, die sich der das Feuer Bewachende über dasselbe angeeignet hat, also darin, dass er durch das von ihm beherrschte und bewachte Feuer keinen Schaden entstehen lassen soll, also in dem allgemeinen Prinzipe Neminem laede! Eine Analogie hiezu ist:

l. 30 § 3 D. eod. . . . »In eodem crimine est, et qui non observavit, ne ignis longius procederet.«

Ich will nun zwei andere Stellen erwähnen, in denen es sich um einen von Thieren angerichteten Schaden handelt:

l. 8 § 1 D. ad L. Aqu. »Mulionem quoque, si per imperitiam, impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur culpae nomine teneri. Idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit. . . . Idem juris est in persona ejus, qui impetum equi, quo vehebatur propter imperitiam, vel infirmitatem retinere non poterit.«

l. 52. § 2 D. ad leg. Aqu. »Nihilominus eum damnum dare, qui quod sustineret, mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret, veluti si quis asellum, quem agitaret, non retinuisset.«

Die erste dieser beiden Stellen gehört, wie man sieht, nicht hieher. Es liegt hier, was Glaser nicht beachtet hat, keine culpa mehr in dem Nichthindern des schädlichen Erfolges; dieses ist keine Willensobjectivation des Nichthindernden, da er nicht im Stande ist, sei es aus Unerfahrenheit, sei es aus Schwäche, die Bedingungen für den Erfolg zu beherrschen.

Die culpa liegt hier vielmehr in der positiven Handlung, durch welche er jene Bedingungen seiner factischen Disposition unterstellte, obwohl er seine Ohnmacht ihnen gegenüber kannte; durch welche er also die Möglichkeit bot, dass jene Beding-

ungen entstehen und einen schädlichen Erfolg herbeiführen könnten. Und so heisst es auch in jener Stelle:

»cum affectare quisque non debeat, in quo vel intelligit, vel intelligere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram.«

In der zweiten Stelle ist nun aber, wie ich meine, ganz deutlich dem von mir über den Strafbarkeitsgrund solcher Unterlassungen aufgestellten Prinzip, wenn auch unbewusst, Ausdruck gegeben.

Aehnlich dem oben erwähnten Beispiele vom Arzte, finden sich auch in den Pandecten zwei Fälle entschieden:

» § 6 Inst. 4. 3. Si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem, atque ob id mortuus fuerit servus culpae reus est. l. 8 pr. D. ad. leg. Aqu. Sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpae reus intelligitur.«

Für die Vergehungen seiner Sclaven haftet der Herr, im römischen Recht allerdings nur mit seinem Vermögen, aber es bildet auch hier einen Unterschied, ob der Herr wissentlich es unterlässt seine Sclaven an der Begehung von Verbrechen zu hindern oder ob ein solches ohne sein Wissen verübt wird. Im letzteren Falle nemlich hat er die Wahl zwischen der noxae datio und der Zahlung der aestimatio des Schadens; im ersteren Falle muss er immer die aestimatio zahlen. cfr. l. 44 § 1 D. ad leg. Aqu. l. 4. Cod. de non. act. 3. 41. l. 1 pr. D. 47. 6.

Ich komme nun zur l. 8. 9 D. ad leg. Jul. de adult. 48. 5.

In der ersten lex heisst es:

»Qui domum suam, ut stuprum . . . fieret, sciens praebuerit, quasi adulter punitur.

und in l. 9.:

»Et si amici quis domum praebuisset, tenetur.«

Ich gebe Glaser Recht, wenn dieser (auf S. 373) sagt, dass unter dem sciens praebuit nicht bloss »ein actives Darbieten, sondern auch ein einfaches Geschehenlassen« zu verstehen sei.

Was thut der Hausherr, der bewusster, willkürlicher Weise in Räumlichkeiten seines Hauses Unzucht treiben lässt? Er

lässt auf Grund eines von ihm beherrschten Verhältnisses die Bedingungen entstehen, für die verbrecherische Thätigkeit derer, welche Unzuchtshandlungen vornehmen wollen. Er bietet ihnen die Gelegenheit hiezu und erscheint sohin als ihr Gehülfe.

Bei uns würde dies den Thatbestand eines eigenen Vergehens, das der Kuppelei ausmachen, und erinnert in dem hiehergehörigen § 180 des Reichsstrafgesetzbuches der Ausdruck »oder durch Gewährung . . . von Gelegenheit« lebhaft an das lateinische *praebuerit.*

Es sind nun zwei Stellen zu erwähnen, die eine Tödtung durch Nichtdarreichung von Lebensmitteln betreffen.

Die erste l. 9 § 2 D. ad leg. Aqu. ist sehr allgemein gehalten:

»Si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait.«

Glaser meint, dass mit *necaverit* nur ein solcher Mensch gemeint sein kann, der auf irgend eine Weise den Hungerzustand herbeigeführt hat. Es wird dies sofort klar, wenn man jene Stelle in ihrem Zusammenhange betrachtet.

Es ist nemlich dort behandelt, wann eine actio infactum anstellbar sei wegen Tödtung respective Schädigung eines Menschen und wann die actio legis Aquiliae, und wird diese Stelle am besten verständlich durch:

§ ult. Inst. de lege Aqu. 4. 3.: »Caeterum placuit ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur.«

Es erübrigt mir nur noch die Stelle anzuführen, welche einen oben von mir des längern behandelten Fall betrifft l. 4. D. 25. 3.

»Necare videtur non tantum is, qui partum perfocat, sed et is, qui objicit et qui alimonia denegat.« . . .

Dieses *necare videri* betrifft meiner Ansicht nach nicht bloss die Eltern, sondern auch alle diejenigen, welche bewusster, willkürlicher Weise in ein dem elterlichen Verhältniss entsprechendes factisches Verhältniss zu Kindern getreten sind, das heisst die Lebensbedingungen von Kindern ihrer factischen

Disposition unterstellt haben. Auch für concludentes Unterlassen haben wir ein Beispiel in der l. 31 D. ad leg. Aqu:

»Si putator ex arbore ramum cum dejiceret, vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus ejus evitari possit.« . . .

Es gibt dann noch eine Gruppe von Stellen, die gleichfalls mit dem Unterlassen zu thun haben, aber offenbar ein Gebot, unter bestimmten Umständen in bestimmter Weise thätig zu werden, voraussetzen. So l. 1 § 18 D. de S. C. Silaniano 29. 5, welche bestimmt, dass die Sclaven zu bestrafen sind, welche es versäumten, ihrem Herrn in Gefahr Hülfe zu bringen, obwohl sie dies vermochten. Ebenso l. 6 § 8. l. 9 D. de re milit. 49, 16, welche dasselbe in Bezug auf Soldaten gegenüber ihrem Vorgesetzten bestimmen. Desgleichen die l. 2 D. 48. 9, in der für den Bruder eines Vatermörders, welcher von dessen Vorhaben wusste, aber dem Vater dasselbe nicht anzeigte, die Strafe der Verbannung ausgesprochen ist. Den gleichen Charakter möchte ich auch der l. 9 pr. § 1 D. 48. 10 de lege Cornelia de falsis zuerteilen, in welcher es heisst:

»eadem poena — criminis falsi — afficitur etiam is qui quum prohibere tale quid posset, non prohibuit.«

Noch klarer wird dies durch l. 1 pr. Cod. de falsa moneta (9. 24) wo es heisst:

»cuncti cognoscant necessitatem sibi incumbere, hujusmodi homines inquirendi: ut investigati tradantur Judici. . . .

Hier ist das Gebot zu handeln direct ausgesprochen.

Dagegen halte ich die conscii in l. 5 § 6 Cod. ad leg. Jul. Majest. 9. 8 und in const. un. § 3 Cod. de raptu virginum 9. 13., wie dies Luden allgemein ausführte, für Mitverschworene und es ist nach meiner Ansicht Glaser beizustimmen, wenn dieser sagt, dass darauf auch die Zusammenstellung (l. 5. Cod. cit.) de satellitibus, consciis ac ministris, und die ähnliche in l. un. § 2 Cod. cit. qui conscii ac ministri hujusmodi criminis etc. etc., hinweise.

Was nun das canonische und ältere deutsche Recht betrifft, so möchte ich hier auf das, was Glaser darüber (l. c. S. 336 ff.)

geschrieben hat, verweisen. Es findet sich dort auch eine Kritik aller älteren Schriftsteller, die sich mit dem strafbaren Unterlassen beschäftigt haben.

§ 2.

Was endlich die Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches anlangt, so finden wir zumeist das Unterlassen dann ausdrücklich als strafbar erwähnt, wenn es ein Gebot zu handeln verletzt: So ist § 116 im Thatbestande des »Auflaufs« das Gebot enthalten, dass jede versammelte Menschenmenge sich gemäss der Aufforderung des zuständigen Beamten etc. zu entfernen habe. Ebenso schliesst § 281 Z. 2 und § 283 Z. 2 im Thatbestande des betrügerischen und des einfachen Bankerutts das Gebot in sich, dass die Kaufleute etc. die Handelsbücher etc. ordnungsgemäss führen sollen.

Im § 320 ist das ausdrückliche Gebot statuirt, dass die Eisenbahndirectoren etc. die rechtskräftig verurteilten Unterbeamten sofort entfernen sollen nach Mitteilung des Urteils.

Vor Allem bekannt ist § 139, welcher Jedem gebietet, das »Vorhaben« gewisser Verbrechen, von welchem er glaubhafte Kunde erhalten würde zur Anzeige zu bringen. Diesem § correspondirt § 346, welcher den betreffenden Beamten die gesetzliche sanctionirte Pflicht anferlegt, jede in ihr Ressort gehörige strafbare Handlung zu verfolgen etc. etc.

Es ist hier auch der Passus in § 322 anzuführen:

> »Wer vorsätzlich ein zur Sicherung der Schiffahrt bestimmtes Feuerzeichen etc. . . . seiner Dienstpflicht zuwider nicht aufstellt.« . . .

Dagegen fordert § 316 Abs. 2 und § 318 Abs. 2 einen materialen Grund für die Strafbarkeit des Unterlassens der einer gewissen Dienstpflicht entsprechenden Handlungen. Ersterer verlangt die Gefährdung eines Transportes, letzterer Störung oder Verhinderung des Gebrauchs einer Telegraphenanstalt.

Es müssen sich also hier durch jene Dienstpflichtvernachlässigung Bedingungen ergeben, durch welche ein schädlicher Erfolg ermöglicht oder herbeigeführt wird und zwar verlangt hier das Gesetz ein fahrlässiges Unterlassen.

Im ersten Falle wird es sich hauptsächlich um ein concludentes Unterlassen handeln und weniger um ein culposes Wirkenlassen von Bedingungen, die dem betreffenden Beamten unterstehen. — Zum Belege dessen sei auf meine Ausführungen über das concludente Unterlassen verwiesen. —

Im zweiten Falle dürfte zumeist nur ein bewusstes, willkürliches Wirkenlassen von beherrschten Bedingungen in Frage kommen. Zu erwähnen ist als Gebot auch die strafrechtlich sanctionirte Erfüllungspflicht gewisser mit Behörden abgeschlossener Lieferungsverträge, die der § 329 enthält.

Als Gebote lassen sich endlich anführen die: § 360 Z. 10, § 361 Z. 4, 8, 9, § 365, § 366 Z. 4, 5, 9, § 367 Z. 5, 11, 12, 13, 14, § 368 Z. 2, 4.

Ein Beispiel des Verbotes eines concludenten Unterlassens haben wir im § 170:

> »Wer bei Eingehung einer Ehe dem anderen Teile ein gesetzliches Ehehinderniss arglistig verschweigt.« . . .

Ich komme nun zu § 340. Hier heisst es:

> »Ein Beamter, welcher in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes vorsätzlich eine Körperverletzung . . . begehen lässt.« . . .

In dem Lassen liegt deutlich, dass es dem Beamten auf Grund dieser seiner Eigenschaft möglich sein musste, dem rechtswidrigen Erfolge entgegenzutreten. Dem Beamten musste daher eine gewisse factische Disposition über diejenigen zustehen, welche eine solche Handlung vornahmen und zwar in Bezug auf eben diese Handlung.

Im § 340 ist nun von einem Amtsuntergebenen nicht die Rede und betrifft dieser § daher auch Körperverletzungen, welche von Leuten ohne amtliche Eigenschaft ausgehen. Es ist hier also offenbar auch der Fall in's Auge gefasst, dass ein Beamter zur Ausführung einer Amtshandlung Leute, welche ihm sonst nicht unterstehen, requirirt hat. Dadurch hat er sich aber für diese ihre hülfeleistende Thätigkeit zu ihrem Vorgesetzten gemacht. Indem er es nun bewusster, willkürlicher Weise zulässt, dass diese ihm, wenn auch nur momentan Untergebenen eine Körperverletzung begehen, objectivirt er in ihrer

Thätigkeit seinen Willen jenen schädlichen Erfolg herbeizuführen und wird sohin strafrechtlich ahndbar.

Ich kann daher Rüdorff nicht beistimmen, der das »begehen lässt« so aufgefasst haben will, dass der Beamte durch ein positives Verhalten seinerseits gerade diese Körperverletzung veranlasst hat. (cfr. R. Commentar S. 524):

> »begehen lässt« ist nicht gleichbedeutend mit »geschehen lässt«, der Beamte muss irgendwie an der Herbeiführung der Körperverletzung Schuld tragen. Eine solche kann möglicherweise in dem passiven Verhalten eines Vorgesetzten gefunden werden.«

Unter diesem passiven Verhalten versteht hier Rüdorff offenbar ein den Körperverletzern gegenüber concludendes Unterlassen, in welchem diese eine Aufforderung zu ihrer That erblicken müssen.

Ich möchte aber auch das bewusste, willkürliche Wirkenlassen von beherrschten Bedingungen als in dem Thatbestand dieses § mitbegriffen erachten. Ich glaube, dass dieser § im Zusammenhange mit § 357 betrachtet werden muss, wo gesagt ist:

> »Ein Amtsvorgesetzter, welcher . . . eine . . . strafbare Handlung seiner Untergebenen wissentlich geschehen lässt, hat die auf diese Handlung angedrohte Strafe verwirkt.«

Hier ist schon durch die Diction gefordert, das bewusste, willkürliche Wirkenlassen von Bedingungen, welche durch die Qualität als Amtsvorstand der factischen Disposition des betreffenden Beamten unterstehen, als ausreichenden Thatbestand anzunehmen. Meiner Ansicht nach ist es also auch prinzipiell gerechtfertigt, dass hier die Strafe des Delicts angedroht ist.

Nun sind aber hier nur die Amtsdelicte berücksichtigt, welche von Dritten ohne amtliche Qualität nicht verübt werden können.

Im § 340 ist dagegen überhaupt an eine Assistenz gedacht, die dem Beamten in Ausübung seines Amtes, sei es von Untergebenen, sei es von Dritten geleistet wird, bei welcher Assistenz die den Befehlen des Beamten, wenn auch nur momentan Unter-

stehenden, eine Körperverletzung begehen. Dieser Fall nun ist, wie mir scheint, vom Gesetze aus den Amtsdelicten herausgehoben, in Bezug auf die subjective Seite des Thatbestandes erweitert, und als qualificirter mit einem höheren Strafminimum belegt worden. Man könnte sich einen Fall, der beide Thatbestände vereinigt, so construiren: Ein Amtsvorstand duldet es wissentlich, dass sein Amtsuntergebener in Ausübung seines Amtes vorsätzlich eine Körperverletzung begehen lässt.

Das bewusste, willkürliche Wirkenlassen von Bedingungen, die der Nichthindernde seiner factischen Disposition unterstellt, genügt jedenfalls auch zum Thatbestand der § 121 und § 347. Ersterer verpönt das einfache Entweichenlassen eines Gefangenen, welcher der Aufsicht des Betreffenden übergeben wurde, letzterer führt denselben Thatbestand, soferne er einem Beamten zur Last fällt, als qualificirten auf.

Dasselbe glaube ich von den beiden Stellen in § 354 und § 355 sagen zu müssen, wo es heisst: (§ 354) »Ein Postbeamter.« . . . (§ 355) »Ein Telegraphenbeamter, welche . . . einem Andern wissentlich eine solche Handlung gestatten.«

Endlich sei noch § 285 erwähnt:

»Der Inhaber eines öffentlichen Versammlungsortes, welcher Glücksspiele daselbst gestattet.« . . .

In diesem »gestatten« ist jedenfalls auch das blosse Vornehmenlassen mitinbegriffen. Indem nemlich der Inhaber solcher Orte seinerseits ungestört Glücksspiele daselbst vornehmen lässt, bietet er auf Grund des ihm unterstehenden Verhältnisses den Spielern Gelegenheit zu ihrem Treiben und erscheint so als Gehülfe derselben.

Hiemit glaube ich das, was vom Reichsstrafgesetzbuch an Bestimmungen für strafbares Unterlassen anzuführen war, wenn auch nur kurz, erledigt zu haben und meine Arbeit schliessen zu können.

Möge dieselbe eine nachsichtige Beurteilung finden.



Inhalt.

